Rassegna della Giustizia Militare

Rivista di
Diritto e Procedura penale militare

a cura della
Procura Generale Militare della Repubblica
presso la Corte Suprema di Cassazione

RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE

BIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE MILITARE

Direttore: dott. Maurizio BLOCK (Procuratore Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione)

Comitato Scientifico: Francesco CALLARI, Domenico CARCANO, Paolo FERRUA, Luigi Maria FLAMINI, Ranieri RAZZANTE, Pierpaolo RIVELLO, Natalino RONZITTI, Antonio SCAGLIONE, Giovanni Paolo VOENA

Comitato dei Revisori: Giulio BARTOLINI, Paolo BENVENUTI, Gaetano CARLIZZI, Enrico DE GIOVANNI, Lorenzo DEL FEDERCIO, Iole FARGNOLI, Alfonso FERGIUELE, Clelia, IASEVOLI, Giulio ILLUMINATI, Carlotta LATINI, Saverio LAURETTA, Carlo LONGOBARDO, Giuseppe MAZZI, Giuseppe MELIS, Domenico NOTARO, Gianluca PASTORI, Mariateresa POLI, Silvio, RIONDATO, Francesco SALERNO, Sergio SEMINARA, Giovanni SERGER, Giorgio, SPANGHER, Carmelo Elio TAVILLA, Gioacchino TORNATORE

Redazione: Sebastiano LA PISCOPIA (Capo Redattore), Andrea CONTI, Saverio SETTI, Pierpaolo TRAVAGLIONE

*** *** *** ***

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: Rassegna della Giustizia Militare
ISSN: 0391-2787
Registrazione: Tribunale di Roma n. 16019, Decreto 9 agosto 1975
Periodicità: bimestrale (on-line)
Proprietario ed Editore: Ministero della Difesa
Sede: Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma
ISP (Internet Service Provider): Comando C4 Esercito – www.difesa.it
Indirizzo web: http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx
Indirizzo e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it
Recapiti telefonici: 06.47355214 - 06.68806026 – 06.6861179

INDICE DEL NUMERO 4 / 2020

Audizione del Procuratore Generale militare presso la la Corte Suprema di Cassazione in merito al disegno di legge riabilitazione fucilati prima guerra mondiale. XVIII Legislatura. Atti parlamentari Senato n. 991.
di *Maurizio Block* p. 1

Nascita e morte di un sistema: il diritto penale militare duosiciliano.
di *Ferdinando Angeletti* p. 5

Extraterritorial Jurisdiction and sovereignty. The Characterization of Foreign Predicate Offenses for Prosecution of Derivate Offenses (as Money Laundering) and the Consideration of Extraterritorial Conduct as Part of Territorial Offenses.
di *Jean Paul Pierini* p. 13

***Praestat cautela quam medela*: opportunità per il progetto di articoli della commissione di diritto internazionale sulla risposta internazionale ai disastri.**
di *Luca Sammuri* p. 38

***Ius in bello* e disciplina delle operazioni militari armate svolte all'estero dalle forze armate italiane.**
di *Vincenzo Santoro* p. 47

Il pericolo di frammentazione del diritto spaziale: il diritto del mare quale possibile garanzia di omogeneità internazionale.
di *Antonio Zippo* p. 66

Audizione del Procuratore Generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione in merito al disegno di legge "riabilitazione fucilati prima guerra mondiale".
XVIII Legislatura
Atti parlamentari Senato n. 991

Hearing of the Military General Prosecutor at Supreme Court of Cassation on the "rehabilitation bill for people shot during WWI"
XVIII Legislature
Parliamentary Acts Senate no. 991

di *Maurizio Block*[1]

Desidero preliminarmente ringraziare la presidente della IV Commissione Difesa del Senato, senatrice Garavini, per avere voluto disporre la mia audizione, quale Procuratore Generale militare presso la Cassazione, su un tema così ancora sentito da parte della Comunità nazionale ed al quale pertanto occorre, a mio parere, dare finalmente una risposta: il triste problema delle condanne a morte durante la prima guerra mondiale, non precedute da un giusto processo ma eseguite in gran parte senza alcuna garanzia di contraddittorio, difesa e possibilità di revisione.

Mi pare opportuno, altresì, in premessa esprimere un giudizio complessivo positivo sull'iniziativa legislativa che consente una rivisitazione di questo doloroso fenomeno storico che comporta una ricompensa morale per questi soggetti, principalmente militari, che hanno pagato con la vita colpe a volte lievi.

La Francia già nel 2008 si pose il problema della riabilitazione dei condannati a morte della prima guerra mondiale; analoga strada fu seguita dall'Inghilterra che nel 2006 promulgò una legge - l'Armed Forces Act 2006 - con cui furono previste forme di condono per i membri delle Forze armate giustiziati per "reati disciplinari".

Da rilevare che il nostro Paese purtroppo detiene il triste primato di condanne a morte.

Infatti i soldati processati durante la prima guerra mondiale furono 262.481, cui sono da aggiungere 61927 civili e 1119 prigionieri di guerra, per un totale di 325 527 persone.

Le condanne a pena capitale furono 4028, di cui eseguite 750 (dati forniti da Mortara 1927 riportati da B. Bianchi e Forcella - Monticone).

In Francia in cui furono invece eseguite 600 condanne a morte, la maggior parte delle quali nei primi anni di guerra in quanto furono adottate una serie di misure finalizzate evitare il malcontento delle truppe (concessione di permessi, più cibo, più comunicazione).

In Gran Bretagna il numero dei condannati a morte fu di 3080 di cui giustiziati 46, nonostante il maggior numero di mobilitati e nel succedersi degli anni intervenne una diminuzione proprio per la pressione dell'opinione pubblica sugli alti comandi.

In Germania le condanne a morte furono 150 ma ne furono eseguite solo 46.

Molto alto fu il prezzo pagato dalle nostre truppe, pressate da una normativa fortemente repressiva, in particolare dall'art. 40 del codice penale dell'esercito promulgato con R.D. 28 novembre 1869- il quale configurava a carico del graduato anche una sorta di *culpa in vigilando* per non essersi adoperato in ogni modo per impedire l'evento; il che veniva in estremo interpretato come una sorta di responsabilità oggettiva, con conseguenze sulle condanne. Va ricordata poi anche la circolare del Comando Supremo n. 2910 del primo novembre del 1916 che dava disposizioni restrittive e severe nell'inflizione delle condanne e che, ancorché non fosse vincolante per i giudici, tuttavia esercitava su questi ultimi una forte pressione e condizionamento.

La giustizia militare italiana si rese all'epoca colpevole di reprimere gli atti di indisciplina in modo severo e cruento e non vi fu, a differenza degli altri Stati citati, alcuna componente sociale che si opponesse a tali abusi. Infatti il tradizionale iato tra Paese ed Esercito e la reciproca diffidenza che aveva caratterizzato i rapporti fino allora, si dissolse e fu superata, con la conseguenza che la società civile non fece barriera all'inflizione di condanne a pene capitali ed agli abusi giudiziari anche per

[1] Procuratore Generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione.

fatti di modesta offensività. La giustizia militare appare disumana e arida: gravissime pene, quali condanne a morte o lunghi anni di reclusione, venivano inflitte a carico di militari che erano rientrati dalla licenza con pochi giorni di ritardo o che avevano manifestato il proprio dissenso sulla guerra in forma verbale, o per essersi procurati ferite corporali.

Il tema della automutilazioni merita una menzione a parte e fu drammatico, in quanto soprattutto il ceto più basso costituito da contadini e operai operava automutilazioni con mezzi rozzi per non esporsi alla guerra: timpani forati con chiodi, mani mozzate da sassate, timpani perforati con chiodi, iniezioni sotto pelle di urine e benzina etc.

I giudici militari agivano senza alcun riguardo per le situazioni umane e ed erano sensibili alle pressioni del comando secondo cui bisognava agire con inflessibilità e durezza, secondo le circolari emanate.

Non intendo tuttavia soffermarmi sugli aspetti storici di questo fenomeno che più propriamente potrà essere sviluppato con maggiore competenza dagli studiosi di tale settore ma mi è parso necessario contestualizzare temporalmente la problematica per meglio inquadrare l'aspetto giuridico su cui si innesta.

Il disegno di legge in esame costituisce la riedizione con notevoli modifiche di altro precedente risalente all'anno 2014 (proposta di legge n. 2741 Scanu ed altri Camera dei Deputati - XVII legislatura), che poi non trovò esito nonostante un percorso anche abbastanza avanzato.

La precedente proposta riguardava esclusivamente i condannati alla pena capitale per determinati delitti: quelli previsti nei capi 3, 4, 5 del titolo secondo del libro primo della parte prima del codice penale per l'Esercito, approvato con R.D. 28/11/1869.

La riabilitazione, ai sensi di questo disegno di legge, costituiva una vera e propria riabilitazione giudiziaria, che aveva come conseguenza la cessazione degli effetti penali della condanna e quindi poteva ipoteticamente aprire il varco ad una serie di rivendicazioni di varia natura. Infatti non poteva escludersi che dall'avvenuta riabilitazione giudiziaria potessero scaturire contenziosi, in quanto quest'ultima poteva implicare aspettative di natura economica per i famigliari dei caduti, sia per quanto riguarda i risarcimenti, sia per gli emolumenti mai corrisposti a causa delle sentenze di condanna che avevano comportato un sorta di indegnità per i benefici pensionistici.

Inoltre il procedimento, cosi come configurato, implicava uno sforzo notevole per il tribunale militare di sorveglianza in quanto richiedeva l'esame caso per caso delle posizioni soggettive con difficili ricerche di archivio per ricostruire tempi, luoghi e modalità dei fatti.

La procedura era imperniata su un'attivazione d'ufficio ad opera del Procuratore Generale Militare presso la Corte Militare di Appello e l'emanazione del provvedimento finale da parte del Tribunale Militare di Sorveglianza.

Tale disegno di legge, come è noto, dopo un laborioso iter - che comportò anche numerose audizioni - tra cui quella del mio predecessore dell'epoca, evidenziò la difficoltà di pervenire ad una definizione della problematica attraverso lo strumento giudiziario, pur emergendo la necessità di una memoria storica che ricordasse il sacrificio di tanti militari che avevano pagato con il sacrificio della vita il prezzo di comportamenti lievi o addirittura irrilevanti e l'opportunità che intorno a tale fenomeno si formasse una coscienza trasversale tra tutte le forze politiche del Paese.

Non si riuscì però a pervenire a tale traguardo, probabilmente per l'impostazione eminentemente giudiziaria del disegno di legge e della difficoltà di dargli un significato diverso, in quanto non tutte le forze politiche accettarono lo stravolgimento dell'iniziale proposta.

Il disegno di legge di cui invece oggi dobbiamo discutere, al contrario del precedente, prescinde da qualunque intervento specifico della giurisdizione militare (artt. 178 C.p. e 72 C.P.M.P.) e da qualunque "filtro" giurisdizionale relativo alla concedibilità del beneficio estintivo delle pene accessorie e degli altri effetti penali della condanna.

Il testo oggi all'esame prevede invece una "*restituzione dell'onore agli appartenenti alle forze armate che, nel corso della prima guerra mondiale, vennero fucilati senza le garanzie del giusto processo, con sentenze emesse dai tribunali militari di guerra, ancorché straordinari.*"

Tale restituzione dell'onore, che si completa con l'inserimento del nomi dei fucilati, su istanza di parte presentata al Ministro della Difesa, nell'Albo d'Oro del Commissariato Generale per le

onoranze ai caduti, prescinde da ogni riferimento all'istituto della riabilitazione e non prevede più alcun intervento selettivo della giurisdizione militare nella scelta dei casi meritevoli della restituzione dell'onore.

Dal punto di vista della tecnica normativa, rilevo che non appare del tutto felice il riferimento ai fucilati "*...in forza dell'art. 40 del codice penale per l'esercito… e della circolare n. 2910 del 1 novembre 2016*", poiché detta circolare riservata era rivolta ai Comandi e mirava a sollecitare il massimo rigore repressivo dei fatti di indisciplina, sicché difficilmente la si potrà trovare come norma posta a fondamento della condanna, anche se emessa da un Tribunale Militare di guerra.

Il disegno di legge sembra quindi aver previsto una riabilitazione non strettamente giuridica, ma squisitamente storico-politica, che prescinde addirittura dall'individuazione e dall'analisi delle cause della fucilazione, ma poggia sull'unico requisito della fucilazione senza giusto processo, quale conseguenza di una sentenza emessa da un tribunale militare di guerra.

L'impianto del disegno di legge conduce a una lettura certamente favorevole laddove svincola la restituzione dell'onore da una procedura rigida e normativamente prefissata quale quella della riabilitazione in senso tecnico, procedura peraltro lunga e complessa in quanto basata sul recupero degli incartamenti sicuramente già versati ai competenti Archivi di Stato e sull'analisi dei casi meritevoli ad opera di un giudice (con possibili contestazioni critiche e contenziosi).

Ciò detto, va anche osservato però che la restituzione morale dell'onore a tutti i condannati fucilati dopo sentenza emessa da un Tribunale Militare di guerra potrebbe però scontare la non trascurabile circostanza dell'essere, nel disegno di legge odierno, assolutamente indifferenziata, nell'accomunare, cioè, situazioni estremamente eterogenee quali, ad esempio, una fucilazione di massa per disobbedienza ad un ordine folle o suicida, rispetto ad una fucilazione conseguente all'accertamento di un reato infamante, individualmente o collettivamente commesso.

Infatti, l'art. 1 proclama un principio di grande rilevanza morale e sociale, laddove prendendo spunto dal fatto che la nostra Costituzione non ammette la pena di morte, stabilisce di restituire l'onore agli appartenenti alle Forze Armate italiane, che nel corso della prima guerra mondiale vennero fucilati senza le garanzie del giusto processo, con sentenze emesse dai Tribunali militari di guerra ancorché straordinari.

L'idea che si coglie è che la restituzione dell'onore si ricolleghi al fatto che tali militari siano stati processati senza avere diritto ad un giusto processo.

Ma – si osserva – appare un po' eccessivo collegare la restituzione dell'onore solo a ciò, senza però considerare il tipo di reato, la sua gravità e l'inesistenza di garanzie concrete di difesa che comportarono la condanna.

Sotto tale profilo, potrebbe essere forse utile una maggiore specificazione dei presupposti del beneficio, quale quella contenuta nel precedente progetto di legge, che limitava (art. 1) la riabilitazione alle sole condanne alla pena capitale per i reati previsti nei capi III, IV e V del titolo secondo del libro primo della parte prima del codice penale per l'Esercito, approvato con regio decreto 28 novembre 1869, piuttosto che a tutti i reati che hanno originato la sentenza di condanna a morte.

In tale ottica, si potrebbe anche prevedere di individuare legislativamente un meccanismo/filtro per selezionare i casi effettivamente meritevoli di piena riabilitazione, in quanto frutto di condanne che ripugnano all'odierna coscienza giuridica.

Si tratta di una mia interpretazione personale che può ovviamente anche non essere condivisa, in quanto potrebbe ritenersi all'opposto che solo e soltanto il fatto che tali soggetti siano stati condannati a morte per di più senza un processo che a loro abbia attribuito i diritti di difesa adeguato, dia loro titolo per la riabilitazione.

Però, secondo la mia opinione, è opportuno discriminare le situazioni: dal disertore, ad esempio, che per un assenza di 7 giorni è stato condannato alla pena capitale, da chi, ad esempio, durante la libera uscita ha commesso una rapina o uno stupro. Anche quest'ultimo evidentemente può essere stato leso nel diritto ad ottenere un giusto processo, ma ha commesso fatti di disvalore sociale notevole e quindi appare fuor di luogo ammetterlo ai benefici previsti dalla legge che tra l'altro prevedono l'iscrizione all'Albo d'oro del Commissariato generale per le onoranze ai caduti.

Si arriverebbe a conseguenze inique ed aberranti, certamente non volute neppure dai

proponenti il progetto di legge.

Il filtro di cui ho fatto cenno non necessariamente deve transitare per l'autorità giudiziaria come il precedente disegno di legge, ma può anche avere natura amministrativa, come ad esempio una commissione ministeriale o altro, in quanto, non trattandosi più, come nel vecchio progetto, di una riabilitazione giudiziaria, il procedimento di selezione non ha più natura giurisdizionale.

Quindi in conclusione, a mio parere, ben venga una riabilitazione morale e storica di coloro che sono stati ingiustamente privati del sommo bene della vita durante la prima guerra mondiale e tale provvedimento è certamente giusto, a patto che non degeneri in una sanatoria generale che includa anche reati di grave disvalore.

Ringrazio tutti per l'attenzione.

Nascita e morte di un sistema:
il diritto penale militare duosiciliano

Birth and death of a system:
Duosicilian military criminal law

di *Ferdinando Angeletti*[1]

Sommario: 1. Introduzione: il periodo murattiano ed il doppio binario. – 2. La Commissione di riforma e sua relazione finale. – 3. La difficile nascita dello Statuto penale militare del 1819. – 4. La legislazione successiva allo Statuto. – 5. L'impatto delle varie costituzioni sull'impianto del diritto penale militare duosiciliano.

1. Introduzione: il periodo murattiano ed il doppio binario

Un'esposizione della legislazione penale militare del Regno delle Due Sicilie non può non iniziare dalla descrizione, per quanto sommaria, delle principali fonti su essa cui si fonda[2].

Con il ritorno di Ferdinando IV sul trono di Napoli, ebbe inizio un lungo periodo di transizione che si concluse unicamente nel 1819. Inizialmente, infatti, il sistema penale (e disciplinare) applicabile alle truppe di S.M. procedeva su un sistema binario[3]. Da un lato, infatti, vi erano le truppe rimaste fedeli al regime borbonico e che avevano seguito il Re in Sicilia. Per queste si applicavano le Ordinanze del 1789, emanate dal Sovrano prima che i sentimenti rivoluzionari lo costringessero alla partenza (Repubblica partenopea 1796 – 1799). Tali ordinanze, benché ispirate alla cultura giuridica illuminista che imperava alla Corte borbonica, risentivano necessariamente della concezione conservatrice che pervadeva le Forze armate del Regno. L'esercito, infatti, era formato da sudditi di una monarchia improntata all'assolutismo (benché "illuminato") e da mercenari[4] e quindi richiedeva e pretendeva un senso della disciplina che poteva portare anche a punizioni corporali per minime mancanze (il cosiddetto "uso della bacchetta").

Dall'altro lato erano confluite nell'esercito di Ferdinando IV anche molti militari ed interi reparti che facevano parte del disciolto esercito di Gioacchino Murat. Questi ultimi, eterogenei per la loro formazione (vi erano anche reggimenti creati durante l'ultima campagna murattiana del 1815 mediante arruolamenti avvenuti durante l'avanzata)[5] risentivano però di un massimo comun denominatore. I soldati erano stati arruolati non in quanto sudditi sottoposti alla leva obbligatoria, né in quanto mercenari profumatamente pagati, ma in quanto cittadini che difendevano la propria nazione.[6]

Un esercito di cittadini non poteva essere sottoposto alla disciplina militare secondo i medesimi criteri di un esercito di sudditi. È per questo che il diritto penale militare applicato risentiva invece di diversi criteri, tutti ovviamente ispirati ai valori rivoluzionari francesi di libertà, fraternità ed uguaglianza.

---

[1] Capitano dell'Arma dei Carabinieri, Comandante della Compagnia Carabinieri di Catanzaro.

[2] Per una sintetica, per quanto incompleta, esposizione delle fonti del diritto penale militare del Regno delle Due Sicilie si rimanda a G. RICCI, Manuale delle Autorità militari incaricate della giustizia penale militare nel Regno delle Due Sicilie, Napoli, Tipografia della società Filomatica, 1832.

[3] Cfr. G. BOERI, P. CROCIANI, L'esercito borbonico dal 1815 al 1830, Stato Maggiore Esercito – Ufficio Storico, Roma 1995 pagg. 87 e ss.

[4] Si ricordano, a riguardo, i reparti svizzeri (poi arruolati nuovamente a partire dal 1825), quelli albanesi – macedoni (che per tradizione fornivano un reparto, chiamato in modo diverso a seconda dei periodi), nonché quelli spagnoli, la cui tradizione risaliva alla discesa di Carlo III di Borbone (padre di Ferdinando IV) nel Meridione d'Italia.

[5] Quindi da umbri, marchigiani e romagnoli, e non da sudditi del Regno.

[6] Senza entrare ulteriormente in dettaglio, per il concetto di "esercito di cittadini" in contrapposizione all' "esercito di professione" si consenta il rinvio a F. ANGELETTI, Evoluzione della teoria adalberoniana dei tre ordini: substitutiones e commixtiones, in Instoria.it: rivista online di storia ed informazione, N. 21, Roma, Febbraio 2007.

Per esemplificare tale contrapposizione tra i due sistemi, basti ricordare il già citato "uso della bacchetta", ovvero del bastone, nelle punizioni disciplinari, permesso, ed anzi incoraggiato, nel sistema prerivoluzionario, assolutamente vietato nel "sistema francese"[7].

Questa bipartizione ebbe effetti paradossali nel periodo di transizione. Infatti ogni reparto, secondo quei principi che oggi chiameremmo dell'irretroattività della legge penale e del giudice naturale, era assoggettato alla sua legislazione disciplinare e penale, con conseguenze assurde.

Poteva capitare, infatti, che per una medesima mancanza, in un reparto di provenienza "murattiana", si desse un tipo di pena mentre per un reparto "legittimista" pene molto più pesanti ed umilianti.

L'introduzione di una delle conquiste dell'illuminismo giuridico andava quindi a scontrarsi profondamente con un generico principio di uguaglianza che, sebbene non codificato e non accettato, si sarebbe dovuto applicare ad un gruppo omogeneo come l'esercito.

Tale sistema binario rimase in vigore per tutto il periodo di transizione, con l'evidente eccezione del reato di diserzione, forse il più comune tra le milizie di Ferdinando IV (oltreché uno dei reati dove la disparità di trattamento tra i due sistemi era più evidente).

Con un ordine del giorno del 14 dicembre 1815, il Supremo Consiglio di Guerra (un organo che sostituiva temporaneamente il Ministero della Guerra[8]), fu infatti prevista l'applicazione dell'Ordinanza Militare del 1789, che prevedeva l'uso (tra gli altri) delle bacchette.

L'uso di punizioni corporali fu poi esteso a tutti i reparti anche se, con un dispaccio del 18 ottobre 1817[9], ne furono disciplinate le modalità di applicazione specificando l'autorità competente ad irrogare la punizione (solo i comandanti di corpo) nonché l'entità massima della stessa (massimo 25 colpi di bastone)[10].

2. La Commissione di riforma e sua relazione finale

La necessità di unificare i due sistemi e più in generale di riordinare tutto l'apparato legislativo del Regno[11] portò Ferdinando IV a decidere la nomina, nel settembre del 1815, di un'ulteriore commissione incaricata di rivedere il sistema di diritto penale militare applicato alle Forze Armate del Regno. A capo di tale commissione fu posto il Generale Pietro Colletta[12]. Costui, pur proveniente dal Genio e quindi non propriamente "vicino" a questioni giuridiche[13], era uno degli ufficiali più colti dell'intera Armata napoletana, nonché uno dei più intellettualmente preparati[14].

I lavori della commissione durarono quasi un anno. Nell'agosto del 1816, con una missiva inviata a S.A.R. il principe Leopoldo[15], presidente del Supremo Consiglio di Guerra, il Generale Colletta presentò il proprio lavoro.

---

[7] Si ricordi in tal senso una frase tratta dall'Ordine del Giorno dello Stato Maggiore dell'esercito napoletano del 19 giugno 1811 "Il soldato napoletano deve essere trattato come il soldato francese […] l'onore deve essere la sua sola guida, egli non può divenire buono che per sentimento, mentre al contrario i colpi di bastone, o le altre pene corporali, avviliscono sì lui che chi li ordina".

[8] Nel 1817 il Supremo Consiglio di Guerra divenne ufficialmente Segreteria e Ministero di Stato per la Guerra e la Marina, suddiviso in due rami (Ramo guerra e Ramo Marina), a loro volta suddivisi in ripartimenti.

[9] Archivio di Stato di Napoli (d'ora in poi ASN), Archivio Riservato Casa reale Fasc. 932.

[10] Vedasi anche A. Polizzy, Notizie le più interessanti da tenersi presenti per la fanteria di linea ricavate dalle Reali Ordinanze, Napoli, Stabilimento di M. AVALLONE, 1849 pagg. 61 e ss. per l'esecuzione.

[11] Non si dimentichi (vedi supra) che nello stesso periodo era stato avviato il lavoro delle commissioni incaricate di redigere le cinque parti del "Codice per lo Regno delle Due Sicilie".

[12] Colletta, Pietro, militare e Storico (Napoli 1775 – Firenze 1831); per una sua biografia più completa si può consultare AA.VV. Dizionario Biografico degli Italiani, Roma, Treccani 2009.

[13] Non si dimentichi però che il Genio (assieme all'Artiglieria) era considerato "Arma dotta" dell'Esercito, a causa dei duri studi che venivano impartiti agli aspiranti Ufficiali di tale Arma.

[14] Esempio di questo saranno i numerosi studi, perlopiù di stampo storico, che il Colletta svolgerà dopo il suo ritiro a vita privata. La sua "Storia del Reame di Napoli dal 1734 al 1825", benché a volte inaffidabile, è tuttora fonte necessaria ed a volte insostituibile per il periodo.

[15] Borbone, Leopoldo Giovanni Giuseppe Michele, principe di Salerno (Napoli 1790 – ivi 1851); per una sua biografia più completa si può consultare AA.VV. Dizionario Biografico degli Italiani, Roma, Treccani 2009.

Nella lettera veniva esposto un piano generale dell'opera, nonché la spiegazione delle principali questioni dibattute dalla Commissione e la relativa soluzione.

Tale scritto si presenta come uno splendido spaccato delle idee e delle soluzioni trovate dal Colletta il quale, per esempio, non si vergogna nell'evidenziare gli autori che lo hanno influenzato, e quindi il pensiero – illuminista – che tali autori propugnavano (egli cita espressamente Bentham, Beccaria, Locke, Blackstone, Filangieri e Pagano).[16]

Il Colletta evidenzia altresì i principi che hanno ispirato la commissione, principi che egli compendia in tre formule: "*Non essere innovatori*", "*Non essere adoratori dell'antichità*" e "*Non essere ligi ad un sistema preso di modello*"[17], ovverosia nell'essere equilibrati, senza innovare né conservare per mera presa di posizione, ma cercando di prendere il meglio dalle legislazioni passate o di altri paesi e modificando laddove il cambiamento di costumi (spesso citato nella lettera) lo avesse imposto. È interessante notare come, sotto il velo del "cangiamento di costumi", il Colletta riesca a far passare tutte le modifiche al sistema dell'*ancien régime* con le innovazioni illuministiche e, addirittura, rivoluzionarie.

L'applicazione di tali principi, e le difficoltà nel capire fin dove fosse possibile innovare (non si dimentichi che parte della Corte era contraria a qualsiasi innovazione rivoluzionaria e napoleonica) provocarono forti dibattiti all'interno della Commissione e di tali discussioni lo stesso Colletta ci riferisce all'inizio della sua presentazione.[18]

Gli argomenti "caldi", ovviamente, coprono diversi ambiti, dalla competenza ("*Quali sono i limiti del foro militare*?") allo svolgimento del processo ("*Vi sarà o no dibattimento*?") ed, infine, alle pene da infliggere ("*Fra le pene vi sarà o no quella delle verghe?" – "L'aumento del servizio farà o no parte del sistema penale?*").

Analizzando nei dettagli l'opera, la Commissione del Colletta opera una prima rivoluzione. Infatti si decide di creare non uno, bensì due codici, uno vigente in tempo di pace ed uno in tempo di guerra. Si tratta di un'innovazione assoluta, ripresa poi, nel neonato stato italiano, solo nel 1941.

Colletta a lungo cerca di dimostrare la bontà della scelta; egli afferma che tale suddivisione deriva sia dai differenti doveri che un soldato è tenuto ad osservare in tempo di pace ed in tempo di guerra, sia dall'opportunità di diverse procedure nei due momenti (giustificate dalla necessità di bilanciare la speditezza del procedimento da un lato e la garanzia dei diritti dell'imputato dall'altro.[19]

Un'altra particolare innovazione è data dalla creazione di un doppio grado di giudizio, anche se il secondo grado (definito "Consiglio di Revisione") non giudicava sul merito della questione, quanto sulla legittimità, potendo "cassare" le sentenze illegittime, rinviandole per un nuovo giudizio (andando ad agire come una Corte di Cassazione).

Infine, per quanto riguarda le pene, il "Codice Colletta" si pone a metà tra il vecchio sistema e le istanze rivoluzionarie. Si è attenti alla nuova situazione sociale (il soggetto non è più "suddito" ma "cittadino"[20]) e, quindi, si vanno ad abolire le pene più infamanti (le verghe e l'aumento del servizio) mantenendo però la struttura di base del sistema (ad esempio l'esistenza di un sistema "per gradi" nell'esecuzione della medesima punizione o il mantenimento della pena dello "strascico della palla" tipica del vecchio ordinamento).

L'opera della Commissione Colletta, presentata, come si è visto, nell'agosto del 1816, era però eccessivamente innovativa, ed il fatto che fosse propugnata proprio da Pietro Colletta fece storcere il naso a molti, sia nel Supremo Consiglio di Guerra che a Corte[21].

La proposta presentata, infatti, fu profondamente modificata, a volte quasi stravolta (per esempio fu abolita la suddivisione tra codice di guerra e codice di pace); il lavoro del Colletta, evidentemente, era troppo avanzato per essere un codice del primo decennio del XIX secolo.

---

[16] P. COLLETTA, Progetto d'un codice penale militare, in Opere inedite e Rare Vol. I, Napoli, Stamperia Nazionale, 1861 pag. 389.
[17] Ibidem. pag. 390.
[18] Ibidem pag. 367: "Molte gravi quistioni lo hanno preceduto…".
[19] Ibidem. pag. 370.
[20] Ibidem pag. 386 "Ogni cittadino ha il dovere di difendere la patria ed il trono".
[21] Non si dimentichi la lunga, e fruttuosa, militanza murattiana del Colletta, mantenuto in servizio solo per le acclarate virtù ed abilità ma mal sopportato dai conservatori, rimasti fedeli a Ferdinando di Borbone in Sicilia.

3. La difficile nascita dello Statuto penale militare del 1819

Se l'opera della commissione Colletta non fu immediatamente messa in vigore, ciò è dovuto, come si è detto, all'eccessiva modernità del codice (*rectius* dei codici) presentato.

Il lavoro del supremo Consiglio di Guerra sulla bozza presentata portò pressoché ad una sua totale riscrittura.

Nel frattempo, però, altre questioni erano state trattate nel regno e diversi limiti furono perciò posti (limiti che anche il supremo Consiglio di Guerra avrebbe dovuto tenere in conto nella redazione del codice).

Primo limite, fortemente voluto dal re e dalla Corte, fu quello dell'unificazione della legislazione per i territori continentali ed insulari del regno (usando le formule allora in vigore, al di qua ed al di là del Faro[22]).

Infatti già con la legge dell'8 dicembre 1816 era stata stabilita la fine dell'autonomia legislativa siciliana[23] nonostante moltissime resistenze sia nell'isola, che a Corte.

In secondo luogo una forte corrente governativa aspirava a limitare fortemente, se non addirittura ad escludere, qualsiasi giurisdizione speciale, compresa quella militare[24]; propugnatore di questa istanza era lo stesso Donato Tommasi, Cancelliere Generale del Regno (ovvero Presidente del Consiglio dei Ministri de facto).

Costui, infatti, scriveva esplicitamente che "essi[25] mal si adattano a funzioni di giurisprudenza[26]".

In questo senso il Tommasi poteva sfruttare certo le conquiste teoriche del decennio francese, quando era stata stabilita l'abolizione di tutte le giurisdizioni speciali.

Questo, in realtà, era avvenuto solo in teoria vista la creazione di "commissioni militari" con poteri insindacabili. Il Nicolini, a riguardo, affermò che esse si ponevano in contrasto con il loro stesso obiettivo cioè il risolvere il caos e il disordine. Testualmente riferiva che "benché dopo il 1808 limitate ad alcuni misfatti […] permanenti e di flagranza […] diedero però un gran contrappeso alle nuove istituzioni[27]".

Le idee del Tommasi si riversarono altresì nella pratica giudiziaria. Il Feola riferisce infatti di un controverso conflitto di giurisdizione tra un tribunale militare e la gran Corte criminale ordinaria.

Un soldato, dopo essersi allontanato dal proprio posto (commettendo così il reato militare di violata consegna) aveva tentato di rubare un asino e, vista la resistenza del proprietario dello stesso, aveva ucciso l'uomo.

Arrestato dalla polizia, era stato condotto davanti al giudice ordinario ma il tribunale militare aveva avocato il processo.

Secondo l'Uditore Generale di Guerra, infatti, la precedenza temporale del reato militare su quello ordinario inglobava quest'ultimo benché più grave. Inoltre, la qualificazione di reato militare avrebbe dovuto essere considerata caso per caso, analizzando il tempo, il luogo e le altre circostanze. Ovviamente il giudice ordinario affermava il contrario anche basandosi sulla circostanza che l'evento era avvenuto fuori da quei luoghi sottoposti alla legislazione penale militare.

[22] Ultra Farum e Citra Farum, intendendosi con Faro, seguendo l'interpretazione ormai assodata (V. GLEIJESES. Il Reame aragonese Utriusque Siciliae in La Storia di Napoli, Napoli, Società Editrice napoletana, 1978) il braccio di mare che separa Sicilia e Calabria (l'odierno stretto di Messina).

[23] R. FEOLA, Dall'illuminismo alla Restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie, Napoli, Jovene, 1977 pag. 266.

[24] Si veda al riguardo il tentativo in tal senso compiuto dalla costituzione siciliana del 1812.

[25] Riferendosi ai giudici militari.

[26] R. FEOLA op.cit. pag. 277.

[27] N. NICOLINI, Della Procedura penale delle Due Sicilie, Livorno, Mansi Editore, 1843, pag. 6.

La disputa tra la gran Corte criminale e l'uditore di guerra giunse fino al Supremo Consiglio Di Cancelleria[28] ove la tesi dell'Uditore fu respinta, grazie alla maggioranza del consiglio che seguiva le direttive del Tommasi[29].

Quest'ultimo, in una circolare del 26 luglio 1815, aveva affermato esplicitamente che il potere dei militari doveva essere "*interamente separato dalle amministrazioni civili e giudiziarie*"[30].

Sembrava però impossibile, ai più, esautorare completamente la giurisdizione penale militare ed infatti il nuovo Statuto, pur limitando al massimo la giurisdizione militare ed evitando qualsiasi intromissione nella giurisdizione ordinaria (ed anzi, permettendo a quest'ultima di intromettersi in quella militare[31] previde un foro separato.

Lo Statuto penale militare, unico per il tempo di guerra e quello di pace (non recependo le istanze del Colletta) entrò infine in vigore il 30 gennaio 1819 (ma effettivamente dal 1 giugno del medesimo anno).

4. La legislazione successiva allo Statuto

L'emanazione dello Statuto penale militare, non fermò certamente la foga legislativa in questo ambito.

Lo stesso 1819 vide, per completare il quadro generale, l'emanazione dello "Statuto Penale per l'Armata di Mare e per i reati commessi dai forzati e dai loro custodi", con competenza sulla Real Marina Borbonica, sui reclusi nei bagni di pena e sui loro carcerieri (la competenza di quest'ultimi ricadeva da secoli sulla Marina in quanto la maggior parte dei bagni di pena si trovava su isole.

La suddivisione tra un diritto penale militare "terrestre" ed un diritto penale militare "marittimo", non deve eccessivamente stupire in quanto era elemento accomunante di tutte le legislazioni dell'epoca. In Italia, per esempio, per giungere ad una definitiva unificazione delle due branche bisognerà attendere il 1981, con l'abolizione dei tribunali di bordo.

La grande stagione delle riforme legislative in ambito penale militare aveva così raggiunto una sua stabilizzazione.

L'emanazione dei due codici, infatti, risolveva l'annoso problema del doppio binario e contestualmente dava alle Forze Armate del Regno delle Due Sicilie un corpus omogeneo, stabile e, in parte, innovativo o quantomeno al passo con i tempi.

Da questo momento in poi, infatti, non si procederà più a nuovi interventi strutturali sui codici nonostante l'avvento al trono di Ferdinando II nel 1830 (ma già la sua nomina a Capitano Generale dell'Armata, di qualche anno precedente) avesse portato una ventata di grandissime novità in ambito militare.

Il sovrano, infatti, personalmente aveva riformato l'esercito, potenziandolo soprattutto sotto l'aspetto qualitativo (aumento dei battaglioni cacciatori, élite dell'esercito borbonico), sia sotto quello sanitario, logistico e tecnologico[32].

Dal punto di vista del diritto penale militare, invece, il pur volenteroso sovrano non ritenne opportuno procedere a riforme strutturali, nonostante nel 1837 si fosse instaurata una commissione per la revisione dello Statuto penale militare[33] (la quale, per quanto si sa, non procedette a nessuna importante modifica).

In questo impianto le modifiche che i sovrani borbonici succedutisi sul trono di Napoli nel periodo 1819 – 1861 (Ferdinando I – Francesco I – Ferdinando II e Francesco II) furono lievi ed emanate attraverso decreti reali.

---

[28] Organo creato dopo il ritorno dei Borboni sul trono del regno delle Due Sicilie, con varie funzioni, anche consultive e dirimenti conflitti di giurisdizione.

[29] R. FEOLA, op.cit. pagg. 256 – 257.

[30] F. DIAS, Collezione di reali rescritti, regolamenti, istruzioni, ministeriali e sovrane risoluzioni Napoli, Borel e Bompard, 1856.

[31] Vedasi la presenza di un giudice "togato" nel processo militare.

[32] Per le riforme ferdinandee vedasi G. BOERI, P. CROCIANI, M. FIORENTINO, L'esercito borbonico dal 1830 al 1861, Roma, Stato Maggiore Esercito – Ufficio Storico, 1998, pagg. 11 e ss.

[33] Ibidem. pag. 107.

Il lungo elenco di leggi, decreti, regolamenti e rescritti che iniziarono a venir emanati a partire dal 1820 non intaccarono mai, se non in minima parte, la struttura del codice, occupandosi perlopiù di estenderne la portata o di istituti ad esso marginalmente collegati.

Se si analizzano i decreti del periodo 1821 – 1830, ad esempio, si noterà una particolare attenzione dei sovrani alla giurisdizione militare speciale, e quindi alla creazione, al funzionamento ed al potenziamento delle commissioni militari e delle commissioni supreme.

Una modifica importante all'impianto, giunse invece nel 1827, con l'emanazione dell'Ordinanza della Gendarmeria reale, corpo di polizia ad ordinamento militare con speciali qualifiche e speciali poteri, la quale venne tuttavia assoggettata alla giurisdizione militare.

Le norme ferdinandee, invece, si occuparono solo di specifici e ristretti ambiti. Per esempio, nel più ampio alveo di una riforma (*in peius*) delle pene riguardanti i duelli, anche le pene previste nello Statuto penale militare furono rafforzate.

In generale, comunque, l'impatto del corpus legislativo di base (Statuto penale militare e Statuto per l'Armata di Mare) rimase in vigore in modo quasi inalterato fino alla caduta del Regno nel 1861, sintomo che tale giurisdizione, seppur datata al 1819 e legata ad un diverso pensiero politico e giuridico, evidentemente era ancora efficace e non obsoleta.

Extra ordinem bisogna ricordare come il bando militare emanato dal comandante di un esercito[34], ai sensi dell'articolo 366 dello Statuto penale militare, abbia carattere di legge militare e come tale inserito pieno titolo tra le fonti del diritto penale militare.

5. L'impatto delle varie costituzioni sull'impianto del diritto penale militare duosiciliano

Com'è noto, la prima metà del XIX secolo, ha visto in tutta Europa, sulla scia dell'esperienza rivoluzionaria francese e di quella americana, la nascita di sommovimenti volti alla redazione e l'entrata in vigore di atti costituzionali tali da poter limitare i poteri regi fino ad allora pressoché assoluti.

Salva l'esperienza spagnola (con la costituzione di Cadice), la prima esperienza costituzionale europea è data dalla Costituzione siciliana del 1812[35].

Tale atto costituzionale, occupandosi pressoché di tutti gli ambiti relativi alla guida di uno Stato, tratta altresì della giurisdizione penale militare.

La scelta fatta dal costituente siciliano è piuttosto originale (soprattutto per l'epoca) e non priva di un senso logico.

La scelta, infatti, è quella dell'abolizione di "tutti i magistrati militari particolari[36]" comprese quelle cariche particolari come un "Uditore Generale degli eserciti" (e dei relativi pro – uditori) e quindi la riunificazione in un unico foro.[37]

L'abolizione del foro militare, poi ripresa anche dagli statuti penali militari del 1819 era per l'epoca una novità dirompente, in quanto i militari, relativamente alle loro cause civili e criminali (rectius: penali), erano sempre stati "esentati" dalla giurisdizione ordinaria, venendo sottoposti, direttamente o indirettamente ad un giudice speciale (l'uditore generale degli eserciti prima, la "Udienza di guerra" poi)[38].

---

[34] Intendendosi con questo termine dei reparti in pieno assetto di guerra ed in marcia.

[35] Per la concessione della costituzione in Sicilia G. DE SIVO, Storia delle Due Sicilie, Roma 1863, Ult. Rist. Brindisi, Edizioni Trabant, 2009 e A. SPAGNOLETTI, Storia del Regno delle Due Sicilie, Bologna, Il Mulino, 1997, nonché F. GUARDIONE, La Costituzione del 1812 in Sicilia, Roma, Tipografia dell'unione, 1912.

[36] Costituzione del Regno di Sicilia (1812), in A. AQUARONE, M. D'ADDIO e G. NEGRI, Le Costituzioni Italiane, Edizioni Comunità, Milano 1958, Del potere legislativo, Capo IX, § 4.

[37] L. BIANCHINI, Della storia delle finanze del Regno di Napoli, Palermo, Stamperia di Francesco Lao, 1839, pag. 469 "La giurisdizione, quanto alle cose giudiziarie [sic], era esercitata in Napoli da un Uditore generale degli eserciti, da un uditore generale della Marina, da un altro dei Castelli e da altri simili magistrati e Consigli di guerra delle Province.".

[38] G. ROSATI, Il diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie, Napoli, Tipografia Simoniana, 1820 pag. 55 nonché L. Bianchini, op.cit. pag. 469.

D'altra parte lo status di militare postulava l'esistenza di reati ad esso connessi (come la diserzione) e quindi occorreva salvaguardare la possibilità di punirli (vi era perciò necessità di tecnici che potessero adeguatamente conoscerli e quindi giudicarli).

Ed in questo senso intervenne il § 5 del capo IX, in combinato disposto con l'articolo denominato "Abolizione dei fori" al § 339 i quali prevedevano non solo l'esistenza dei "reati puramente militari", ma anche l'esistenza dei consigli di guerra, atti a giudicarli e di "quel magistrato dell'esercito, che dovrà presentare il ministro della guerra, ed approvare il Parlamento[40]".

In questo senso, d'altra parte, i due articoli si premuravano anche di estendere la competenza dei magistrati militari ai "delitti commessi ne' recinti dei quartieri o campi[41] ovvero nelle "fortezze chiuse o a bordo dei legni di guerra"[42]. Tali reati, si specificava, potevano essere commessi sia dei militari che da pagani. Da notare, infine, che da una parte si prevedeva la redazione di un nuovo codice militare (esigenza evidentemente fortemente sentita) sia il fatto che le ordinanze dell'esercito, nelle quali prevedere magistrati militari "speciali" dovevano essere necessariamente approvate dal Parlamento.

L'esperienza costituzionale siciliana, tecnicamente mai terminata (la costituzione non fu mai formalmente abrogata) in realtà fini di fatto, con la mancata convocazione del Parlamento siciliano eletto e nominato.

Come è noto la successiva esperienza costituzionale fu quella del 1820. Anche quest'atto costituzionale, comunque di brevissima durata, si premurò di occuparsi della legislazione penale militare. In realtà questo atto costituzionale, a differenza del precedente, non aveva il problema di una materia complessa e variegata. Lo Statuto penale militare, in realtà, era entrato in vigore neppure un anno prima, riorganizzando gran parte della legislazione in materia e riformando ove necessario.

Così solamente l'articolo 239 si occupò dell'argomento[43], ribadendo la vigenza dello Statuto penale militare (ma aprendo all'eventuale realizzazione di un nuovo testo normativo) per i reati militari. In realtà, ma solo indirettamente, anche gli articoli 248 e 250 si occupavano della legislazione penale militare, trattando della Suprema Corte di Giustizia.

Essa, infatti, ai sensi dell'articolo 250 si occupava di "*dirimere tutte le competenze che sorgessero tra una ed un'altra Corte di giustizia in tutto il territorio del regno delle Due Sicilie, e quelle che avessero luogo tra le Corti di giustizia ed i Tribunali speciali che vi esistono o tra i tribunali di prima istanza non dipendenti da una stessa Corte di giustizia*"[44], ponendosi come il giudice dei conflitti di giurisdizione tra magistratura militare e magistratura ordinaria.

La suprema Corte si occupava altresì di "*ascoltare i dubbii degli altri tribunali su la intelligenza delle leggi, e consultare a tal uopo il re con l'esporgliene i motivi, onde ne promuova la necessaria dilucidazione del parlamento*"[45], ponendosi come portavoce al sovrano di eventuali istanze di interpretazione o afferenti incongruenze e lacune, da sanare con novelle legislative.

Simili considerazioni possono essere fatte per la successiva (ed ultima) costituzione in vigore nel regno: quella del 1848.

I costituenti del 1848, effettivamente, non sentirono la necessità di dare basi giuridiche diverse ad una materia, quale quella penale militare, che, seppur vecchia di quasi trent'anni, era tuttavia stata emendata e rinnovata più e più volte. È per questo che l'articolo 83 dell'atto costituzionale si preoccupò di salvaguardare lo Statuto penale militare.[46]

---

[39] Costituzione del Regno di Sicilia (1812), in op.cit., Del potere legislativo, Capo IX, § 5 nonché "Abolizione dei fori" § 3.

[40] Ibidem.

[41] Intendendosi con questa espressione le caserme ed i campi di esercitazione.

[42] Costituzione del Regno di Sicilia (1812), in op.cit., Del potere legislativo, Capo IX, § 5 nonché "Abolizione dei fori" § 3.

[43] Ibidem, articolo 239.

[44] Ibidem, articolo 250 c. 1.

[45] Ibidem, articolo 250 c. 8.

[46] Costituzione del Regno delle Due Sicilie (1848), in A. AQUARONE, M. D'ADDIO e G. NEGRI, Le Costituzioni Italiane, Edizioni Comunità, Milano 1958.

Altrettanto non si può dire per quanto riguarda quei magistrati militari speciali che si era andati formando nel corso del trentennio, ovvero le Commissioni militari e le Commissioni Supreme.

Fu per evitare il proliferare di questi tribunali (che, nella pratica, estendevano la giurisdizione militare a reati di solito ad essa non assoggettati) che l'incipit dell'articolo 83 specificò che "Non potranno mai crearsi de' tribunali straordinarii, sotto qualunque denominazione[47]".

Nella situazione dell'epoca tali tribunali straordinari erano essenzialmente quelli militari e quindi proprio a questi (tanto odiati dai "liberali" del 1848 in quanto gran parte del lavoro di queste commissioni era rivolto a contrastare i delitti politici o qualsiasi tentativo, anche pacifico, di rivolta) si rifaceva l'articolo 83.

[47] Ibidem, articolo 83.

Extraterritorial Jurisdiction and sovereignty. The Characterization of Foreign Predicate Offenses for Prosecution of Derivate Offenses (as Money Laundering) and the Consideration of Extraterritorial Conduct as Part of Territorial Offenses.

La Giurisdizione Extraterritoriale e sovranità. La qualificazione del reato presupposto commesso all'estero per la repressione di reati accessori (come il riciclaggio) e l'apprezzamento di una condotta extraterritoriale come parte di un reato territoriale.

di *Jean Paul Pierini*[1]

***Abstract**: The question of any limits that a state's extraterritorial jurisdiction faces has not yet been fully addressed by international courts and tribunals. The aspect appears somewhat "trapped" between the expansion of international criminal law - and the obligation to crack down on international crimes - and a "creeping restoration" in the form of a reaffirmation of the sovereignty and sovereign equality of states. Furthermore, the extraterritorial exercise of jurisdiction is frequently associated with the practice of lawfare, a neologism that combines the words law and warfare and identifies the use (and abuse) of the law to achieve a political end or, in a more restricted sense , a military end.*
Two "collateral" aspects of extraterritorial jurisdiction have recently been examined in decisions of international courts and tribunals. The International Tribunal of the Law of the Sea (ITLOS) in the decision in the case of the MV Norstar (Panama v. Italy) provided an interpretation of the freedom of navigation which prohibits the exercise of the so-called "prescriptive" jurisdiction (that is, the form of jurisdiction that is alongside the "executive" jurisdiction and that of "ruling" on a specific issue and concerns the possibility of extending the scope of its laws and rules) by coastal States with respect to conduct (or parts of conduct) that take place in deep sea.
The International Court of Justice (ICJ) in the decision on Preliminary Objections in the Immunities and criminal proceedings (Equatorial Guinea v France) - pending on May 31, 2020 - has incidentally dealt with the 2000 Palermo Convention on transnational organized crime - a aspect of the exercise of extraterritorial jurisdiction in an "indirect" form: the characterization of entirely foreign conduct as a "predicate crime" in order to judge an accessory crime such as money laundering.
The paper analyzes the two decisions in the light of the positions of the parties and their respective decisions.

Abstract: La questione degli eventuali limiti che la giurisdizione extraterritoriale di uno Stato incontra non è stata ancora affrontata in maniera esaustiva da corti e tribunali internazionale. L'aspetto appare in qualche modo "intrappolato" tra l'espansione del diritto internazionale penale – e l'obbligo di reprimere i crimini internazionali – e una "restaurazione strisciante" sotto forma di riaffermazione delle sovranità e della sovrana uguaglianza degli Stati. Inoltre, l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione è frequentemente accostato alla prassi del *lawfare*, un neologismo che combina le parole *law* e *warfare* e identifica l'uso (e l'abuso) del diritto per realizzare un fine politico o, in una accezione più ristretta, un fine militare.
Recentemente due aspetti "collaterali" della giurisdizione extraterritoriale sono stati esaminati in decisioni di corti e tribunali internazionali. Il Tribunale internazionale del diritto del mare (ITLOS) nella decisione nel caso del *MV Norstar (Panama c. Italia*) ha fornito una interpretazione della libertà della navigazione che proibisce l'esercizio della giurisdizione cosiddetta "prescrittiva" (cioè quella forma di giurisdizione che si affianca alla giurisdizione "esecutiva" ed a quella consistente nel "pronunciarsi" su una specifica questione e riguarda la possibilità di estendere la portata delle proprie

[1] The author is a senior navy officer in active duty actually serving as the deputy head of the General office for Legal Affairs at the Navy General Staff. Views and considerations expressed reflect exclusively the personal opinion and understanding of the Author. The paper complements an earlier work, *La corruzione passiva del pubblico ufficiale straniero: Repressione nell'ambito del contrasto della criminalità organizzata*, Giappichelli, Torino, 2016.

leggi e regole) da parte degli Stati costieri rispetto a condotte (o parti di condotte) che hanno luogo in alto mare.
La Corte internazionale di giutizia (ICJ) nella decisione sulle Obiezioni preliminary nel caso *Immunities and criminal proceedings (Equatorial Guinea v France)* – pendente alla data del 31 maggio 2020 - ha incidentalmente trattato rispetto alla Convenzione di Palermo del 2000 sul crimine organizzato transnazionale - un aspetto dell'esercizio della giurisdizione extraterritoriale in forma "indiretta": la caratterizzazione di una condotta interamente estera quale "reato presupposto" al fine di giudicare un reato accessorio come il riciclaggio.
Lo scritto analizza le due decisione alla luce delle posizioni delle parti e delle rispettive decisioni.

Sommario: 1. Two cases, two approaches. – 2. Case I: the International Court of Justice (ICJ) incidental position on foreign predicate offenses of money laundering. – 2.1. The jurisdictional questions at issue – 2.2. The arguments of the parties. – 2.3. The decision on the preliminary objections. – 2.4. A comment to the decision on preliminary objections. – 2.5. Partial conclusions – 3. Case II: the international tribunal for the law of the sea (ITLOS) untenable absolute prohibition of prescriptive jurisdiction on foreign vessels on the high seas – 3.1. The underlying facts. – 3.2. The preliminary objections on admissibility and jurisdiction. – 3.3. Freedom of navigation and prescriptive jurisdiction in the judgment on the merits – 3.4. A critique to the Tribunals concept moving from the minority opinion – 3.5. Partial conclusions. – 4. The Takeaways.

1. Two cases, two approaches

The question of extraterritorial jurisdiction in criminal matters and its eventual limits has not yet been solved definitively and comprehensively by international courts and tribunals. The topic is somehow "entrapped" between the expansion of international criminal law - and the obligation to punish international crimes beyond borders[2] - and a "creeping restoration" reasserting State sovereignty and equality.
Extraterritorial jurisdiction is often perceived, and sometimes explicitly labeled, as an instrument of "lawfare"; a term combining the words "law" and "warfare", identifying the use (and abuse) of laws, regulations and legal processes to reach a political goal or, in a narrower and perhaps more naive perspective, military goals[3].
Recently two interesting "collateral aspects" of extraterritorial jurisdiction were considered in judgements by international courts and tribunals.
The decision of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) in the *M/V "Norstar" (Panama v Italy)* case while addressing the extent and purpose of the freedom of navigation on the high seas provided an interpretation of such freedom as to prohibiting the exercise of prescriptive jurisdiction by coastal States with respect of conduct taking place on the high seas.
The International Court of justice (ICJ) in its decision on the Preliminary Objections[4] in the *Immunities and criminal proceedings* (*Equatorial Guinea v France*) incidentally touched upon the question of extraterritorial jurisdiction in the "indirect form" represented by the "characterization",

[2] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France) (Preliminary objections) [2018] <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-00-EN.pdf>.
[3] On "lawfare", *See* J. P. PIERINI, *I "Rimedi Civili" sotto "RICO" e la recente legislazione antiterrorismo statunitense: possibili spunti per il contrasto della criminalità organizzata*, in V. FANCHIOTTI (a cura di), *Strumenti di contrasto alla criminalità organizzata Profili interni, comparati e sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 131 ss.
[4] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France) (Preliminary objections) [2018] <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-00-EN.pdf>. On the decision, *See* C. BEHLES, *International Court of Justice Rules Case of Equatorial Guinea v. France May Partially Move Forward (June 6, 2018), International Law in Brief,* <https://www.asil.org/ILIB/international-court-justice-rules-case-equatorial-guinea-v-france-may-partially-move-forward>; A. MEIJKNECHT, *Hague Case Law: Latest Developments*, 14 August 2018, <https://link.springer.com/article/10.1007/s40802-018-0109-6>; E. CARLI, *The Concept of Abuse of Process in the Immunities Case between Equatorial Guinea and France before the ICJ*, <https://internationallaw.blog/2018/07/09/the-concept-of-abuse-of-process-in-the-immunities-case-between-equatorial-guinea-and-france-before-the-icj/>.

for the purpose of asserting that assets are proceeds of a crime, foreign conduct as an "offence", eventually disregarding the findings of the territorial jurisdiction. Such characterization is a common feature of criminal proceeding dealing derivate offenses, as money laundering (but domestic criminal laws may well establish further such offenses), requiring a prior offenses committed, eventually by others than the accused, abroad. The ICJ identified the question as one of extraterritorial jurisdiction. The outcome of the case was perhaps conditioned by the fact that very critical issues were identified in an indefensible case qualifying as an abuse of rights. As of May 31, 2020, the case is still under consideration.
The above cases will be analyzed separately with the purpose of highlighting implications, impact and diverging perspectives.

2. Case I: the International Court of Justice (ICJ) incidental position on foreign predicate offenses of money laundering

2.1. The jurisdictional questions at issue

The criminal proceedings before the French courts giving rise to the case originated with a complaint filed by the association *Transparency International France* against several African Heads of State and members of their families for acts of handling misappropriated public funds, money laundering, misuse of corporate assets, breach of trust and concealment.
The case was actually built to shield the son and the properties of the longest reigning African dictator heading one of the most corrupt regimes in the world with one of the worst ever human rights curriculum. Equatorial Guinea relied upon *inter alia* on the reference to sovereign equality and the principle of non-intervention in the domestic affairs in article 4(1) of the United Nations Convention on Transnational Organized Crime (UNTOC)[5] to invest the ICJ with questions of immunity of State officials in the home country and not covered by the Vienna Convention on diplomatic relations and also the claim of the exercise of exorbitant extraterritorial jurisdiction by France. The Court rejected the request for provisional measures under the UNTOC holding that *prima facie* a dispute capable of falling within the provisions of the Convention and therefore concerning the interpretation or the application of Article 4 of that Convention did not exist between the Parties[6]. France was, subsequently, successful in objecting to jurisdiction of the Court under the UNTOC and after the preliminary ruling on the objection, the case continued without the said claims with a focus on the Vienna Convention.
According to an early comment[7] the decision on the preliminary objection, contribute significantly to international law to include bringing interaction between article 4(1) of the Palermo Convention and custom and general principles to a new level of quality. The decision also touches upon the issue of the "transposition" of article 4(1) from another treaty and the fact that "a state can give effect to a treaty by using preexisting legislation is important for primary rules in various fields of international law, particularly international criminal law, and associated dispute settlement"[8].
This analysis focusses on "the case that was not" and tries to define the contours of a puzzling question only awaiting to re-surface. At this purpose, solely those parts and those arguments strictly related with extraterritorial jurisdiction in respect of the characterization of predicate offenses of money laundering, were considered without indulging on immunity of State officials (and the relationship between immunity and jurisdiction), the treatment of State property and all those questions tooted in the Vienna Convention on diplomatic Relations.

[5] United Nations Convention against Transnational Organized Crime, (adopted 15 November 2000, entered into force 29 September 2003) 2225 UNTS 209 (UNTOC).
[6] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Provisional measures) Order of 7 December 2016 [2017] https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20161207-ORD-01-00-EN.pdf [13-16].
[7] M. PAPARINSKIS, Introductory note to Immunities and Criminal Jurisdiction (Equatorial Guinea v. France): Preliminary Objections (I.C.J.), International Legal Materials.
[8] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Provisional measures) Order of 7 December 2016 [16].

The question of the characterization of foreign predicate offenses without establishing criminal jurisdiction over such offenses for adjudicating "derivative offenses" requiring the commission of a prior crime as one of its elements has been from time to time touched in criminal law scholarship. The question originally debated was essentially one of applicable criminal law for the purpose of "qualification" the predicate offense as a felony or a misdemeanor between the criminal law of the State proceeding for the accessory offense and that applicable territorially based upon the *locus commissi delicti* [9]. As will be observed subsequently, the characterization of foreign predicate offenses nowadays requires establishing the so-called "dual criminality".
In the analysis of the "case that was not", the features of the dispute required to consider extensively the institution of the proceeding and the written and oral proceedings of the parties to better highlight the meaning of the position in the end taken by the Court.

2.2. The arguments of the parties

Equatorial Guinea argued that France had "unilaterally gone beyond the bounds of its criminal jurisdiction to entertain and characterize alleged criminal offences (the predicate offences associated with money laundering) which are said to have been committed in the territory of Equatorial Guinea, by nationals of Equatorial Guinea, and whose victims are Equatorial Guineans or the State of Equatorial Guinea"[10].
After the rejection of provisional measures and prior to the decision on the preliminary objections, the *Tribunal correctionnel* in Paris convicted the Second Vice-President of Equatorial Guinea on October 27, 2017. The conviction supervened the written proceedings preceding the decision on preliminary objections. The conviction was upheld on February 10, 2020 by the *Cour d'Appel*.
The claimant argued that under the Palermo Convention[11] "any characterization of predicate offences must be carried out in a manner consistent with the principles of sovereign equality and non-intervention in the internal affairs of another State"; principles recalled by article 4(1). Accordingly, "French legislation that criminalizes money laundering and establishes France's jurisdiction over that offence … as interpreted and applied by French courts, does not respect the principles of sovereign equality and non-intervention[12]". According to the claimants, immunities of states and state officials also fell within the provisions of Article 4 (1).
In its introduction of the case[13], the applicant asserts that the investigations focused on the alleged offences of complicity in the misappropriation of public funds, misuse of corporate assets and complicity in the misuse of corporate assets, breach of trust and complicity in breach of trust, money laundering and complicity in money laundering, handling of misappropriated public funds and of misused corporate assets, and concealing breach of trust. On 31 January 2012, the investigation into the "Equatorial Guinean chapter" was extended to acts of handling or laundering the proceeds of the offences set out above"[14]. According to the submissions of the National Financial Prosecutor's Office, seeking the separation of the complaints, and either their dismissal or their referral to the *Tribunal correctionnel*, there was "sufficient evidence that the accused [Second Vice-President] had "assisted

[9] *See* at this purpose T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, Cedam, 1973, recalling the split in scholarship between those asserting the need to take into consideration the characterization under foreign law, as K. NEUMEYER, *Die Verbotenen Handlung im Internationalen Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1903, p. 436. The opposite view was asserted by T. DELOGU, *Contributo alla teoria dei reati accessori, Giustizia Penale*, 1947, II, p. 247.
[10] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France) (Written Proceedings), Memorial by Equatorial [31].
[11] United Nations Convention against Transnational Organized Crime, (adopted 15 November 2000, entered into force 3 July 2005) 2225 UNTS 209 (UNTOC).
[12] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France) (Preliminary objections), 2018 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-00-EN.pdf> accessed 1 June 2019, [31].
[13] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France) (Application), 2016 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20160613-APP-01-00-EN.pdf>[5].
[14] ibid [5].

in making hidden investments or in converting the direct or indirect proceeds of a felony or misdemeanor"[15].

The applicants in their Memorial further articulate the claim observing that, under art. 324 -1 of the French Penal Code money, laundering is defined as "the act of facilitating, by any means, the false justification of the source of the assets or income of the perpetrator of a felony or misdemeanor which has profited the perpetrator directly or indirectly. Money laundering also comprises the act of assisting in investing, concealing or converting the direct or indirect proceeds of a felony or misdemeanor."[16] Money laundering is a "derivative" offence in that it presupposes that it has been established that the assets or income used were obtained through the commission of a previous offence (felony or misdemeanor), the "original offence", from which the act of money laundering, we repeat, merely derives[17]. They quote the jurisprudence of the *Cour de cassation*, holding that in order to exercise jurisdiction in respect of money laundering, the criminal courts must "identify precisely the constituent elements of the predicate crime or offence that has profited the perpetrator directly or indirectly"[18]. They further observed[19] in their Memorial that in a case concerning the laundering of the proceeds of corruption which had taken place abroad, the *Cour de cassation* found that "such acts constitute the punishable offence of corruption on the part of a person in a position of public authority. . . , the texts defining the offence of money laundering require neither that the offence which enabled the acquisition of the laundered sums should have taken place on national territory nor that the French courts should have jurisdiction to prosecute it"[20]. The claimant argued[21] that according to the *Cour de cassation*, money laundering is thus an autonomous offence, and the French courts have jurisdiction over acts of money laundering committed in French territory, even if the predicate offence was not committed in France and the French courts do not have jurisdiction over it, but on the condition that the predicate offence is established. They conclude that the "establishment of the predicate offence is equivalent to characterization of the original offences under French law[22]".

The Memorial of Equatorial Guinea considers the jurisdictional issue also as a matter of applicable law criminal law. Accordingly, "the characterization of the initial offences must be undertaken under French law, once again because of the autonomy of the offence of money laundering … in other words, the original act committed abroad must be characterized as if it had been committed on the territory of the [French] Republic [and that] consequently French law alone is competent to characterize not only the act of money laundering, but also the initial offence[23]". The issue of applicable law was indeed raised in the set of French proceedings by the Public Prosecutor in an application the investigating judges for re-characterization of charges. In the said application, the public prosecutor considered the "characterization of misappropriation of public funds as provided for in Article 432-15 of the Penal Code … applicable only to the misappropriation of French public funds, committed by persons in a position of public authority in France … therefore inapplicable, and likewise the characterizations of complicity in and concealment of that offence[24]".

The "tale of two narratives" – a common feature of the prosecution of misconduct of public officials by the court of another State – could not be missing in the case. Accordingly, Equatorial Guinea referred in its Memorial to the transmission on 22 November 2010, by the Public Prosecutor of Equatorial Guinea to the French investigating judges of "the findings of an inquiry he had conducted in Equatorial Guinea into the same acts, namely the original offences said to have been committed in

[15] Ibid [6].
[16] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Written Proceedings), Memorial by Equatorial Guinea 2017 vol. I <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20170103-WRI-01-00-EN.pdf> [20].
[17] Ibid [20].
[18] *Cour de cassation, Chambre criminelle*, judgment of 25 June 2003, Appeal No. 02-86182.
[19] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Written Proceedings), Memorial by Equatorial, [20].
[20] *Cour de cassation, Chambre criminelle*, judgment of 24 Feb. 2010, Bulletin criminelle 2010 No. 37.
[21] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Written Proceedings), Memorial by Equatorial Guinea 2017 vol. I [20].
[22] Ibid [21].
[23] Ibid [21 fn 52].
[24] Ibid [22].

Equatorial Guinean territory against the State of Equatorial Guinea and companies governed by Equatorial Guinean law" [25]. In the memorial it is further argued that notwithstanding that the report of the Public Prosecutor of Equatorial Guinea "had found that no original offence had been committed in the territory of Equatorial Guinea against the State of Equatorial Guinea or against legal persons governed by Equatorial Guinean law, and notwithstanding that the Paris Public Prosecutor had objected, on relevant legal grounds, to the extension of the French courts' jurisdiction to the acts alleged by Transparency International France, the French courts saw fit to carry out several measures which violate the rights afforded to Equatorial Guinea under international law[26]".

According to Equatorial Guinea, "France has unilaterally gone beyond the bounds of its criminal jurisdiction to entertain and characterize alleged criminal offences (the predicate offences associated with money laundering) which are said to have been committed in the territory of Equatorial Guinea, by nationals of Equatorial Guinea, and whose victims are Equatorial Guineans or the State of Equatorial Guinea[27]". The fact that the French courts were seeking to characterize such offences, and not prosecute them, according to the applicant, made no difference: either way, France was exercising criminal jurisdiction.

The claimant argued form the separate opinions in the case of the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*[28] the exceptional circumstances under which extraterritorial jurisdiction may be exercised. Those opinions recalled crimes regarded as most heinous by the international community[29] and situations in which the offender, or at least the victim, is of their nationality, or if the crime threatens their internal or external security … and in the situations of subsidiary universal jurisdiction provided for by various conventions if the offender if, present on their territory[30]. The latter provisions "by the loose use of language the latter has come to be referred to as "universal jurisdiction", though this is really an obligatory territorial jurisdiction over persons, albeit in relation to acts committed elsewhere[31] ".

According to Equatorial Guinea, none of the circumstances that would give rise, under international law, to the extraterritorial application of French law had been established. At this purpose, the Memorial[32] states that while the UNTOC does indeed establish obligations concerning criminalization, the establishment of jurisdiction and criminal prosecution for the offence of money laundering…, it makes no provision for the jurisdiction of States parties in respect of predicate offences. Consequently, the applicant alleged that France had no basis for jurisdiction, under either the Palermo Convention or general international law, to characterize the alleged offences and determine them to have been established and "any extension of a State's criminal law in the absence of such circumstances constitutes a violation of the principles of sovereign equality and non-intervention"[33]. The very same principle established autonomously in art. 4 (1), of the UNTOC. The latter conclusion relied on the decision by the Swiss federal tribunal in the case of *Adamov (Evgeny) v. Federal Office of Justice*[34]. The claimant further relied on the Declaration of the Russian Federation

[25] Ibid [23].
[26] Ibid [22].
[27] Ibid [62].
[28] Ibid [62].
[29] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), (judgment - joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal), 2002 < https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-01-EN.pdf> [60].
[30] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), (judgment - separate opinion of President Guillaume), 2002 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-01-EN.pdf> [16].
[31] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), (judgment - joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal), [41].
[32] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Written Proceedings), Memorial by Equatorial Guinea 2017 vol. I [63].
[33] Ibid [61].
[34] *Adamov (Evgeny) v. Federal Office of Justice*, Appeal Judgment, Case No. 1A 288/2005, ILDC 339 (CH 2005), 22 Dec. 2005, Swiss Federal Supreme Court, paras. 3.4.3-3.4.4.holding that: "effective prosecution of serious abuses of office or corruption must indeed be possible in the state which is primarily affected by them… alleged corruption in the broader sense of the word (or alleged abuses of office) are to be prosecuted by a third state instead of by the affected state . . . In accordance with the general principles of international law a domestic criminal justice system should avoid

and the People's Republic of China on the Promotion of International Law[35] condemning, in paragraph 4, "extraterritorial application of national law by States not in conformity with international law as another example of violation of the principle of non-intervention in the internal affairs of States". According to a comment to the declaration, the condemnation of the extraterritorial application of national law in violation of international law "harkens back to the much-criticized treaties made by Western powers with China during the *Qing* period[36]".

As to the above mentioned "tale of two narratives", according to Equatorial Guinea, "… by ignoring the information provided by the Public Prosecutor of Equatorial Guinea with regard to the said offences, France has violated its obligation under the Palermo Convention to co-operate with Equatorial Guinea"[37]. The claimant argues that art. 18(1), of the UNTOC establishes that "States Parties shall afford one another the widest measure of mutual legal assistance in investigations, prosecutions and judicial proceedings in relation to the offences covered by this Convention…"

Art. 18(4) further provides that: "the competent authorities of a State Party may, without prior request, transmit information relating to criminal matters to a competent authority in another State Party where they believe that such information could assist the authority in undertaking or successfully concluding inquiries and criminal proceedings…"

In the same line of reasoning they recall that art. 15 (5), prescribes that: "[i]f a State Party exercising its jurisdiction under paragraph 1 or 2 of this article has been notified, or has otherwise learned, that one or more other States Parties are conducting an investigation [or] prosecution… in respect of the same conduct, the competent authorities of those States Parties shall, as appropriate, consult one another with a view to coordinating their actions". The claimant conclude by stating that "even assuming that Equatorial Guinea did not have exclusive jurisdiction to do so and that French law applied to the alleged predicate offences which occurred only in Equatorial Guinea, it would still be necessary for the two States to co-operate, since Equatorial Guinea would be the only State in a position to determine whether the offences were committed"; obligation of co-operation and consultation between Equatorial Guinea and France, which has not been upheld by France in the present case[38].

While the arguments raised by Equatorial Guinea are intriguing, at least from the viewpoint of criminal law, France, in order to support its preliminary objection, relied on the prior finding of the Court rejecting the request for provisional measures[39]. In the said decision, the Court held that "*prima facie*, a dispute capable of falling within the provisions of the UNTOC and therefore concerning the interpretation or the application of Article 4 of that Convention [did] not exist between the Parties".

France observed that Equatorial Guinea's first submission considerably broadened the scope of the dispute as it concerned the "alleged violation of very broad principles of international

---

intervening in the affairs of other states".

[35] <http://www.mid.ru/en/foreign_policy/position_word_order/-/asset_publisher/6S4RuXfeYlKr/content/ id/2331698>.

[36] I. WUERTH, *China, Russia, and International Law*, Lawfare July 11, 2016, <https://www.lawfareblog.com/china-russia-and-international-law>. On the declaration, *See* also L. MÄLKSOO, *Russia and China Challenge the Western Hegemony in the Interpretation of International Law*, EJIL Talk, July 15, 2016, <https://www.ejiltalk.org/russia-and-china-challenge-the-western-hegemony-in-the-interpretation-of-international-law/>.

[37] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Written Proceedings), Memorial by Equatorial Guinea vol. I 2017 [63].

[38] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Written Proceedings), Memorial by Equatorial Guinea vol. II 2017 [63].

[39] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Provisional measures) Order of 7 December 2016 [2016] https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20161207-ORD-01-00-EN.pdf [13-16]. The Court stated, "The provision does not appear to create new rules concerning the immunities of holders of high-ranking office in the State or incorporate rules of customary international law concerning those immunities. Accordingly, any dispute which might arise with regard to "the interpretation or application" of Article 4 of the Convention could relate only to the manner in which the States parties perform their obligations under that Convention … [i]t appears … however, that the alleged dispute does not relate to the manner in which France performed its obligations under Articles 6, 12, 14 and 18 of the Convention, invoked by Equatorial Guinea … [and the] alleged dispute, rather, appears to concern a distinct issue, namely whether the Vice-President of Equatorial Guinea enjoys *immunity ratione* personae under customary international law and, if so, whether France has violated that immunity by instituting proceedings against him".

law…artificially [linked] to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime[40]". It further observed that this basis of jurisdiction was "so obviously artificial that Equatorial Guinea does not actually rely on the Palermo Convention of 15 December 2000 but rather on general international law, in the absence of any basis establishing the Court's jurisdiction in this regard" and that the … seeks to establish through art. 4 of the UNOTC its case "on principles of general international law rather than on treaty bases, of which there are none". As neither France nor Equatorial Guinea has made the declaration provided for in Article 36(2), of the Statute of the Court such claims are accordingly without a proper jurisdictional base. France argued that art. 4(1) of the UNTOC, «establishes that sovereign equality, territorial integrity and non-intervention are "principles", not independent obligations, and that they concern the way in which States perform their "obligations under this Convention", which are set out elsewhere in the treaty»[41]. In its interpretation, France relied upon the Court's decision in the *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* case[42]. In the said case, the Court found that the wording ""there shall be firm and enduring peace and sincere friendship" between the two contracting States cannot be interpreted as incorporating into the Treaty all of the provisions of international law concerning such relations that such a general formulation cannot be interpreted in isolation from the object and purpose of the Treaty in which it is inserted. The second paragraph of art. 4 of the UNTOC was, according to France, merely a reformulation, in a negative form, of the principle of territorial integrity mentioned in the first paragraph, in the context of judicial co-operation and not an independent provision[43]. Both paragraphs of art. 4 were borrowed from the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances[44]. Commentaries of the said Convention noted that the equivalent article had "the import of a statement of guiding principles for a correct interpretation and proper implementation of the substantive articles of the Convention[45]".

Having addressed the attempt by Equatorial Guinea to link case to the UNTOC as merely dissociating Article 4 from the other provisions of the Convention and claiming that they should be read as independent obligations, France addressed briefly the question "if the initiation of legal proceedings in the domestic courts of a State party to the Palermo Convention, relating to acts likely to fall within a domestic criminal classification corresponding to the offences mentioned in the Palermo Convention, amounts to implementing that Convention" or applying it?[46]. According to France, the question must be answered in the negative, as the purpose of the UNTOC "is certainly not to provide a legal basis in itself for criminal proceedings". The respondent further provided a "reductive" reading of the UNTOC by observing, "the international obligation consists merely of the adoption, where necessary, of rules criminalizing certain offences in domestic law" and that there is "no provision on the implementation of criminal legislation in specific cases, and in particular no obligation to investigate or prosecute"[47]. France further asserted that under art. 11 (6), nothing in the Convention "shall affect the principle that…such offences shall be prosecuted and punished in accordance with that law".

---

[40] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France) (Written Proceedings), Preliminary objection by France 2017 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20170330-WRI-01-00-EN.pdf> [12].

[41] Ibid [28].

[42] Ibid [29 fn 104], reference to *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America*) (Preliminary objections) judgment of 12 December 1966 < https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-00-EN.pdf> [27 – 28].

[43] Ibid [29, fn 106], reference to D. MCCLEAN, *Transnational Organized Crime — A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford University Press, 2007, p. 58.

[44] United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, (adopted 20 December 1988, entered into force 11 November 1990) 1582 UNTS 95.

[45] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Written Proceedings), Preliminary objection by France 2017 [30, fn 110], reference to the Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988, New York, 2000, DOC. E/CN.7/590, P. [41].

[46] Ibid [31].

[47] Ibid [31, fn. 116] ref. to G. WERLE – F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2014, p. 46.

France observed that under art. 6 of the UNTOC there is indeed an obligation incumbent on the States parties to adopt "such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally" certain acts listed as constituting the laundering of proceeds of crime. France argues to comply with that obligation, "since money laundering is provided for and punishable under Articles 324-1 to 324-9 of the French Penal Code … [the] French legislation already included those offences before the Convention was adopted [and Equatorial Guinea] does not claim that this legislation is not in conformity with Article 6[48].

In respect of art. 15(2) of the Convention, France argued that the provision "relates to the establishment of bases of jurisdiction, not to the exercise of one of them in a given case … and therefore there is no dispute regarding the above article"[49]. It was further submitted that Article 15 does not relate to "immunities".

France ultimately avoided to entertain the substance of the properly criminal law related arguments of the applicant and tried to keep the advantage provided by the prior Court's finding rejection the request for provisional measures. As observed above, after the submission of the memorial, the counter-memorial and the observations, the *Tribunal correctionnel* in Paris convicted the Second Vice-President of Equatorial Guinea. The conviction is incidentally touched upon in the discussion preceding the judgment on the preliminary objections.

2.3. The decision on the preliminary objections

In its decision on the preliminary objection,[50] the Court focused mainly on art. 4 of the UNTOC and on the separate questions of immunity of State officials and the exercise of jurisdiction. Although the question of immunity is beyond the scope of the present paper (as well as the relationship between immunity and jurisdiction), the reading of art. 4 paragraph 1, of the UNTOC is of a broader interest and worth being briefly considered.

According to the Court, "in its ordinary meaning, Article 4[.1] does not impose, through its reference to sovereign equality, an obligation on States parties to act in a manner consistent with the many rules of international law which protect sovereignty in general, as well as all the qualifications to those rules"[51]. Further, the provision is to be read in context with its second paragraph (not referring to customary international law), in light of the object and purpose of the Convention (which is to promote international cooperation to prevent and fight transnational crime) [52] and does not incorporate the customary international rules relating to immunities of States and State officials.

The Court adopted a similar stand some month after in the decision on preliminary objections in the *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* case[53] in respect of the reference in art. IV(2) of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights and the guarantee of "protection and security to property of nationals and companies of either State in no case less than that required by international law".

While agreeing on the dispositive part of the judgment, Judge *Gevorian* in its separate opinion, held the reference to sovereign equality made in Art. 4 to include the protection of immunities of States and State officials, but not falling within the scope of the provisions covered by the compromissory

[48] Ibid [33].

[49] Ibid [33, fn 131] ref. to D. MCCLEAN, *Transnational Organized Crime — A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford University Press, 2007, p. 167.

[50] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France) (Preliminary Objections), Judgment of 6 June 2018, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-00-EN.pdf> [84-85].

[51] Ibid [93].

[52] Ibid [95-96].

[53] *Certain Iranian Assets* (Islamic Republic of Iran v. United States of America) (Preliminary Objections, Judgment of 13 February 2013, https://www.icj-cij.org/files/case-related/164/164-20190213-JUD-01-00-EN.pdf [27].

clause[54]. Judge *Crawford* in its declaration distinguished the courts reading of article 4(1) from a "merely a without prejudice clause", underlining that the Court has avoided this approach[55].

The Court then considered whether the aspect of the dispute between the Parties relating to France's criminalization of money laundering and its establishment of jurisdiction over that offence concerned "the interpretation or application" of the UNTOC. To do so the Court affirmed to be preliminarily required to ascertain whether the alleged violations by France complained of by Equatorial Guinea were capable of falling within the provisions of the UNTOC [56]. At this purpose, the Court observed that a State can give effect to a treaty by using pre-existing legislation and there can be a dispute as to the implementation of that treaty through such legislation[57].

The Court shared the argument by France that under art. 11(6), "nothing contained in this Convention shall affect the principle that the description of the offences established in accordance with this Convention and of the applicable legal defenses or other legal principles controlling the lawfulness of conduct is reserved to the domestic law of a State Party and that such offences shall be prosecuted and punished in accordance with that law" [58]. Accordingly, the UNTOC "helps to co-ordinate but does not direct the actions of States parties in the exercise of their domestic jurisdiction[59].

The Court's analysis about the alleged overextension of the jurisdiction by France in respect of the predicate offenses of money laundering encompassed art. 6 of the UNTOC. The Court observed that Article 6 (2) (c) is not concerned with the question whether any particular individual has committed a predicate offence abroad, but with the distinct prior question whether the alleged conduct abroad constitutes a criminal offence under the domestic law of the State where it occurred[60].

The Court further observed, that Article 6 (2) (c) of the Palermo Convention does not establish the exclusive jurisdiction of the State on whose territory such an offence was committed. On the contrary, according to the Court, it is for each State party to adopt measures to criminalize the Convention offences as required by Article 6, including "the widest range" of predicate offences inside and outside the jurisdiction of that State party"[61]. It is also for each State party to adopt such measures as may be necessary to establish their jurisdiction over Convention offences pursuant to Article 15[62]. The Court stated, "this is in accordance with the principle stated in Article 15 (6) of the Palermo Convention, which provides that "[w]ithout prejudice to norms of general international law", the Convention does not exclude the exercise of any criminal jurisdiction established by a State party in accordance with its domestic law[63]".

The Court's conclusive finding was that the alleged violations complained of by Equatorial Guinea are not capable of falling within the provisions of the UNTOC "notably Articles 6 and 15" and Court therefore lacked jurisdiction to entertain the aspect of the dispute relating to the alleged overextension of jurisdiction by France [64].

---

[54] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France) (Preliminary Objections), Judgment of 6 June 2018, Separate Opinion of Judge Gevorian, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-07-EN.pdf> [1].

[55] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France) (Preliminary Objections), Judgment of 6 June 2018, Declaration of Judge Crawford, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-06-EN.pdf> [1]

[56] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France) (Preliminary Objections), Judgment of 6 June 2018, [106].

[57] Ibid [113].

[58] Ibid [113].

[59] Ibid [114].

[60] Ibid [116].

[61] Ibid [116].

[62] Ibid [116].

[63] Ibid [116].

[64] Ibid [117].

2.4. A comment to the decision on preliminary objections

The dissenting opinion by vice-President *Xue*, Judges *Sebutinde* and *Robinson* and Judge *ad hoc Kateka*, considered that the majority failed to recognize the overreaching and pervasive effect of Article 4(1), in particular the principle of sovereign equality in the Palermo Convention. A further area of disagreement was that the majority treated the three principles referred to in Article 4(1) in some ways as a composite whole[65]. In their dissenting opinion, they observed with respect of art. 8 that the "rules of foreign State immunity are not left outside the Convention; they remain applicable…and therefore, cases of corruption by high-ranking officials of foreign States will be governed by the customary rules of foreign State immunity derived from the principle of sovereign equality of States under art. 4[66]. Nevertheless, the dissenting and separate opinions did not entertain at length to question of predicate offenses.

Art. 15(2) requires a comment on his own. The provision, despite some domestic misinterpretation[67], is not directly applicable nor does directly govern the exercise of extraterritorial jurisdiction. The multifaceted jurisdictional provision allows, "subject to article 4 of Convention", State Parties to establish their jurisdiction *inter alia* over criminal offenses established for the criminalization of the laundering of proceeds of crime. The conditions for the exercise of jurisdiction by a State in reference to the laundering of proceeds of crimes committed outside its territory are rather confusing. The primary conditions for the exercise of such jurisdiction is identified by an unease reference to all those forms of liability (art. 6(1)(b)(ii)) other than the perpetration by a single individual - ranging from participating … associating or conspiring to aiding, abetting and counseling the offense or attempted offense of laundering proceeds of crime. Further conditions are that such participation, conspiracy or ancillary conduct … occurred outside its territory, must have be committed with a view committing within the territory of the State the offence of laundering proceeds of crime.

A textual reading of the provisions excludes that the relationship between the conduct occurred "outside" the territory and the laundering of proceeds within the territory of State the conduct is aimed … encompass the "predicate offence". This because the ascertainment of the existence of a predicate offense was perceived as short of an exercise of jurisdiction. In effect, the exercise of jurisdiction in respect the autonomous offense of money laundering does not require the existence of jurisdiction over the predicate offense.

Nevertheless, as art. 15 (6) was mentioned by the Court in its reading, it is worth noting that the extent of the reference to "norms of general international law" "independently" from art. 4(1) was not addressed neither as a matter of *renvoi* to international law, nor as an argument for an autonomous role of the latter provision. It is also worth observing that the Court did not address either the extent of the reference of the obligation to cooperate under art. 15 (5) that: "[i]f a State Party exercising its jurisdiction under paragraph 1 or 2 of this article has been notified, or has otherwise learned, that one or more other States Parties are conducting an investigation [or] prosecution… in respect of the same conduct, the competent authorities of those States Parties shall, as appropriate, consult one another with a view to coordinating their actions". The obligation under the provision referred to by Equatorial Guinea, while not imposing any specific outcome of the said coordination, nonetheless is evidence of the fact that the UNTOC does not merely establish obligations to criminalize conduct or establish jurisdiction but also applies when jurisdiction is "exercised" and investigates a specific case. The extent of the prescriptive of "dual criminality" under art. 6(2(c) is briefly addressed by Judge *Owada* in its declaration[68] as setting "the limits of the establishment of jurisdiction in terms of the

[65] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Preliminary Objections), Judgment of 6 June 2018, dissenting opinion by vice-President Xue, Judges Sebutinde and Robinson and Judge ad hoc Kateka, < https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-01-EN.pdf> [2].
[66] Ibid [17].
[67] Italian Corte di Cassazione, First section, judgment of 27 March 2014, n. 14510 < https://www.asgi.it/banca-dati/corte-di-cassazione-sezione-i-penale-sentenza-28-febbraio-27-marzo-2014-n-14510/>.
[68] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Preliminary Objections), Judgment of 6 June 2018, Declaration of Judge Owada <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-02-EN.pdf>, [116].

criminalization of the acts of money laundering as a category of crimes to be provided for in both jurisdictions". However according to judge *Owada* "that does not mean that this extends to the actual exercise of jurisdiction on concrete acts of money laundering allegedly committed". The final part of the amplification on dual criminality is less dismissive in that "it is possible at any rate arguable, that it could constitute the crime of money laundering, which could be a question that could only be determined by examining the merits of the case, but not belonging to the scope of jurisdiction". The reference to "jurisdiction" in the declaration is reasonably to the "jurisdiction" of the Court under the compromissory clause in the UNTOC and not to the exercise of "jurisdiction" by the State characterizing the predicate offense.

It is noteworthy that under the "header" of art. 6(2) reads "for purposes of implementing or applying paragraph 1 of this article". While the reference to "implementing" is consistent with the Court's view that the Convention "does not direct the actions of States parties in the exercise of their domestic jurisdiction", the reference to "applying" seem to refer to the concrete application of legislation adopted. The violation of art. 6(2)(c) was not specifically invoked by Equatorial Guinea. Perhaps the core of the dispute about predicate offenses could have been narrowed to the interpretation and application of the dual criminality rule as eventually encompassing the taking into account of findings of the authorities of Equatorial Guinea applying the foreign law recalled by the provision to the conduct to be characterized. The aspect is incidentally mentioned in the oral discussion preceding decision of the preliminary objection and not articulated as a question of dual criminality[69].

Interestingly, the Italian Court of cassation recently held[70] that although there is no requirement for a conviction for the predicate offense of money laundering, such offense must not be excluded in its material existence in a definitive judicial decision. In the said case, such a prior judicial decision was adopted by the authorities of a foreign State where the predicate offense was allegedly committed. The Court of cassation seems to refer to a dual criminality test and does not articulate its reasoning in referred to the UNTOC or any other international conventions or to a broad interpretation of the EU "principle of mutual recognition" to take into account decisions concerning an individual other than that charged with money laundering. Nevertheless, the finding echoes the attention paid by the ICJ to derogations from territorial jurisdiction in the qualification of offenses[71].

The core of the dispute could also have been structured to bring on the foreground the divergence as to how the test requiring to establish if the predicate offense "would be a criminal offence" under the domestic law of the State Party exercising its jurisdiction, should be conducted and, specifically, if the elements of such offense, including the territorial element and the quality of public official of the author may be reasonably "transposed" *mutatis mutandis* to the foreign predicate offense.

The provisions of the UNTOC discussed by the Court have been borrowed by the United Nations Convention against Corruption (UNCAC)[72] to include, the "protection of sovereignty" (art.

---

[69] Nevertheless Equatorial Guinea argued that, *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Oral Proceedings), Verbatim record 2018/3, < https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180220-ORA-01-01-BI.pdf> [19, 20] that "the Vice-President's defence produced before the Tribunal a judgment having the force of res judicata rendered on 12 June 2017 by Malabo provincial court. That judgment stated that the predicate offences linked to the offence of money laundering allegedly committed in the territory of Equatorial Guinea were not established … the Tribunal disregarded the judgment in question, holding that it did not concern the same acts".

[70] Italian *Corte di cassazione*, Second section, judgment of 27 May 2019, n. 23190. In a prior case the Italian *Corte di cassazione*, second section, judgment of 4 may 2010, n. 22343, CED 247527, held that the characterization of a foreign conduct as a predicate offense did not require the conditions for the exercise of jurisdiction under art. 10 of the Italian penal code.

[71] *Asylum case (Colombia v. Peru)*, Judgment of November 20th 1950, I.C. J. Reports 1950, p. 276. In its decision, the Court rejected the claim by Colombia, as the State granting asylum, to unilaterally and definitively qualify the offence attributed to an individual. The Court asserted an "equal rights of qualification which, in the absence of any contrary rule, must be attributed to each of the States concerned" and considered that a unilateral and definitive qualification would "thus aggravate [.] the derogation from territorial sovereignty …".

[72] United Nations Convention against Corruption, (adopted 31 October 2003, entered into force, 14 December 2005), 2349 UNTS 41 (UNCAC).

4), predicate offenses for the purpose of "laundering proceeds of crime" (art. 23 (2)), jurisdiction (art. 42(2), (5) and (6)), prosecution, adjudication and sanctions (art. 30 (9)).

Predicate offenses are the subject of a specialized literature about money laundering and periodic international reports of the Financial Action Task Force (FATF) assessing States legislation. Nonetheless, such literature considers mainly the extent to which States have broadened the reach of their criminal provisions suitable as predicate offenses of money laundering[73] by eventually introducing so called "all crimes" approach (as opposed to the "threshold approach"). Accordingly, assessments and eventual discussion are mostly concerned with "what" kind of offenses, to include those committed abroad, qualify as predicate offenses in order to criminalize money laundering. The cooperation between Financial Intelligence Units (FIUs) is extended to predicate offenses "associated" with money laundering. The "disjoining" of the prosecution of money laundering from the fate of prosecution of the foreign predicate offense which may have been committed by others and do not require a conviction, is also part of this approach; An aspect the latter one sometimes linked to the requirement of a lower standard of evidence for the predicate evidence[74]. Further, "associated" predicate offenses are often considered at the level of exchanges of information or "operational analysis" eventually generated by software between intelligence units of law enforcement agencies.

The Council of Europe 1990 Convention on Laundering[75] in art. 6(2)(a) for the purpose of implementing or applying the provisions on laundering clarifies that "*it shall not matter whether the predicate offence was subject to the criminal jurisdiction of the Party*" [76]. The subsequent letter (c) states that "*knowledge, intent or purpose required as an element of* [a predicate] *offence ... may be inferred from objective, factual circumstances*". Both provisions are replicated in art. 9(2) the later 2005 Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism[77]. The said Convention further allows for an optional lifting of the dual criminality requirements and Parties may provide that the only prerequisite is that the conduct would have constituted a predicate offence had it occurred domestically. The provisions of the Conventions were "noted" in the jurisprudence of the European Court for Human Rights[78].

The circumstance that the legal sources about the prevention and repression of money laundering do not require that predicate offence to be subject to the criminal jurisdiction of a State does not imply that the act of characterizing such an offense does not represent an exercise of extraterritorial jurisdiction. The potential extraterritorial "impact" of money laundering legislation

---

[73] Ref *The FATF Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, 2012 (Updated 2019), <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>, [10].

[74] E.g. World Bank *Mutual Evaluation Report - Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism* on Tajikistan, 2008, <http://documents.worldbank.org/curated/en/607221468339669270/text/697410ESW0P1050ML0CFT0December02008.txt>. The report contains the following finding "The PGO advised that conviction for the predicate offense is not necessary for conviction under Article 262 but there is no statutory provision or case law supporting this statement … moreover, the PGO said that they would need to prove the predicate crime to the standard necessary for a conviction under that crime .. [t]hus, as a practical matter it appears as though a criminal conviction for the predicate offense is necessary for conviction under Art. 262".

[75] Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Strasbourg, 8.XI.1990, ETS No.141, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/141>.

[76] The Explanatory Report to the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Strasbourg, 8.XI.1990, ETS No.141, <http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb5de> laconically states that: "Paragraphs 2 and 3, with the exception of paragraph 2.c, are not found in the United Nations Convention …The experts thought it useful to make it clear that the present Convention is intended to cover extra-territorial predicate offences" [10].

[77] Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Warsaw, 16.V.2005, ETS No.198, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008371f >.

[78] *Case of Zschüschen v. Belgium* (Application n. 23572/07), Second Section, judgment, 2 May 2007, § 17; *Case of van Wesenbeeck v. Belgium* (Applications n. 67496/10 and 52936/12), Second Section, 23 May 2017.

not distinguishing between local and foreign predicate offences had already been highlighted in studies on extraterritorial jurisdiction[79].

Although reflecting a perspective mirroring constitutional principles and constraints, the judgment of United States Supreme Court *RJR Nabisco, Inc. v. European Community* [80] on "civil" RICO (Racketeering and Corrupt Organizations) under 18 U.S.C. § 1964 [81], considered single foreign predicate offenses allowing for action as a matter of prescriptive jurisdiction. In effect, the U.S. legislation enacted after 2006 conceived predicate offenses as extraterritorial jurisdiction. Interestingly, the respondents urged that concerns about international friction were inapplicable in the case because here the plaintiffs are not foreign citizens seeking to bypass their home countries' less generous remedies but rather the foreign countries themselves (*sic!*) … and that the[ir] complaint…"comport[ed] with limitations on prescriptive jurisdiction under international law and respects the dignity of foreign sovereigns". It is apparent that the respondent EC derived the compliance with limitations from its being the applicant seeking redress.

The "repressive approach" to the problem of foreign predicate offenses has left almost untouched over the decades the question how "predicate offenses" fit within a general theory of extraterritorial jurisdiction. Further unsettled questions, as observed above, are represented by the extent of the application (or the taking into consideration) of foreign law in the characterization of the foreign predicate offense, the relevance of foreign judicial proceedings excluding predicate offenses and the essentially domestic question of standards of evidence applicable to foreign predicate offenses which are not an element of the accessory offense.

Characterization of foreign conduct as predicate offense without establishing or being required to establish the criminal jurisdiction[82] of the State proceeding for money laundering might reduce the need to rely on judicial cooperation, lower the standards of evidence[83] raise fair trial issues[84]. This entails the risk for the accused of prosecuted and judged guilty for the offense "annexing the predicate offense", not based upon the evidence of the latter but rather based upon the capability to offend attributed to him[85]. Interestingly, the question of evidence of class or type of criminal

---

[79] Reference is to J. A. ZERK, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights, Working Paper No. 59, June 2010, p. 116.

[80] *RJR Nabisco, Inc. v. European Community*, 136 S. Ct. 2090 (2016). The decision was preceded by *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013); *Morrison v. Nat'l Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010).

[81] https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1962.

[82] Italian Court of Cassation, II Section, judgment n. 22343 the 11th of June 2010.

[83] At this purpose, *See* OLG Karlsruhe Beschluß vom 20.1.2005, 3 Ws 108/04, <http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=5109>. Recently, requiring a scrutiny in respect of the character of proceeds of a catalogue crime, *See* BGH 3 StR 627/17 - 26. July 2018 (LG Krefeld).

[84] The question of fair trial and evidence of predicate offenses is addressed by the Privy Council in Appeal No 0059 of 2010, *The Director of Public Prosecutions (Appellant) v A.A. Bholah (Respondent)* [2011] UKPC 44. The appealed decision of the Mauritius Supreme court had rejected the argument that «that, since the "predicate offence" (i.e. the crime that generated the proceeds which became the subject matter of the money laundering offence) is not an element of the money laundering offence, it need not be averred and therefore the need for particulars thereof does not arise.» According to the *Privy Council* "dispensing with a requirement to identify and prove a predicate offence is by no means an unusual approach to the problems of proof that money laundering offences can present" and that "Council of Europe Convention on money laundering, while not of the same status as the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms [to which Mauritius was no longer bound], provides similar persuasive guidance on the content of rights which the people of Mauritius should be held to enjoy". In its discussion of the case, the Privy Council observed that "In England and Wales proof of a specific predicate offence is not required, although there has been debate in some of the authorities in this area as to whether it is necessary to adduce evidence of the class or type of criminal conduct that is alleged to have generated the property dealt with by the accused". The Privy Council allowed the appeal and restored the decision of the magistrate quashed by the Mauritius Supreme Court.

[85] On the topic, *See* M. A. ZÖLLER, *Zehn Jahre 11. September – Zehn Jahre Gesetzgebung zum materiellen Terrorismusstrafrecht in Deutschland – Versuch einer Bilanz*, Strafverteidiger, n. 6/2012, p. 372. On the question, *See* also B. HECKER, *Tatbestandsrelevanz von Auslandsvortaten im Anwendungsbereich der Anschlussdelikte (§§ 257-261 StGB)*, in E. HILGENDORF – R. RENGIER (edited by) *Festschrift für Wolfgang Heinz*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 714-727; H. J. LÜTKE, *Geldwäsche bei Auslandsvortat und nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs*, Wistra, 2001, p. 85-89.

conduct that is alleged to have generated the proceeds seems to have been seen as more critical in civil recovery proceedings as ordinarily in civil proceedings fraud and illegality must be specifically pleaded with reasonable particularity[86]. Nevertheless, the recent United States cases (probably also because foreign predicate offenses mentioned within criminal provisions are perceived as a matter of prescriptive jurisdiction), shows that convictions for money laundry are appealed based upon jury instructions failing to describe elements of the predicate offense[87].

Despite initiatives targeting cleptocracies and the widespread concern raised by such regimes, it would be reductive to consider the *Immunities and criminal proceedings* (*Equatorial Guinea v France*) case as evidence for the recognition of an emerging practice under international law.

2.5. Partial conclusions

Equatorial Guinea failed on jurisdictional grounds. The minority "earmarked" the question of sovereignty and non-interference in an indefensible case. The case though indefensible had the merits of having cast some light into the otherwise neglected aspects of the characterization of foreign conduct.

The Court's decision on preliminary objections referring to the exercise of jurisdiction "…in accordance with the principle stated in Article 15 (6) of the Palermo Convention" aligns the characterization of foreign predicate offenses with the exercise of jurisdiction under international law. While the extent to which such exercise affects State sovereignty is left open, the qualification of the said characterization as an exercise of (prescriptive) jurisdiction provide a useful clarification suitable of reflecting on the perception of foreign predicate offenses and required standards of evidence.

While the focus of international initiatives aimed at preventing and repressing money laundering offenses are on the derivate offense, such repression might represent a mean for "reaching out", surrogating the "direct" adjudication of foreign conduct.

Characterizing of foreign predicate offense stigmatizes not less than the exercise of extraterritorial criminal jurisdiction a foreign conduct. The extent of such an extraterritorial jurisdictional "outreach" is currently as wide as allowed under links currently "territorializing" money laundering. The current shape of international payment systems may link most situations to the United States based on the use by banking institutions of U.S. "corresponding accounts" or Clearing House Interbank Payments System (CHIPS) to transfer funds and settles transactions in U.S. dollars. Such jurisdictional links have been exploited for several years[88] without too much ado in criminal cases. More recently,

---

[86] The question is addressed in *Director of the Assets Recovery Agency v Green* [2005] EWHC 3168; and *R v Anwoir* [2009] 1 WLR 980.

[87] United States Court of Appeals, Second Circuit, 934 F.3d 89 (2019) https://www.leagle.com/decision/infco20190805046. The appellant, *Mahmoud Thiam*, was a former Minister of Mines for the Republic of Guinea, receiving from senior representatives of a Chinese conglomerate bribes in exchange for using his official position to facilitate the award to the Chinese conglomerate of exclusive and highly valuable investment rights in various sectors of the Guinean economy. He was convicted for money laundering in violation of 18 U.S.C. §§ 1956(a)(1)(B) and 1956 (f) and of conducting transactions in criminally derived property in violation of 18 U.S.C. § 1957. At trial, the government proved violations of articles 192 and 194 of Guinea's Penal Code as the predicate "offense against a foreign nation involving ... bribery of a public official". *Thiam* appealed his conviction because that the district court's jury instructions were erroneous because they failed to include the definition of "official act" relative to a bribery conviction, as set forth by the Supreme Court in *McDonnell v. United States*, 579 U.S. _ (2016) and that there was insufficient evidence (a) to support a finding of a quid pro quo exchange necessary for his conviction and (b) to support a finding that he committed an "official act". The Court of appeal declined as a matter of comity to undertake any such interpretation requiring the official act test to apply as Congress "elected to define the conduct with respect to foreign law" and the Constitutional federalism-related concerns about an expansive interpretation of official act were not applicable. The decision is of great interest, as the Court of appeals did not decline the ground of appeals because of a distinction between the accessory offense and a predicate offense and applied the same standard of evidence.

[88] On the reliance of the use of "corresponding accounts" to root jurisdiction, *See inter alia* U.S. District Court Southern District of Texas, *United States v. Snamprogetti Netherlands B.V.*, Case 4:10-cr-00460 Document Filed 07/07/10, in respect of Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) offenses; U.S. District Court Southern District of New York, *United States v. Türkiye Halk Bankasi A.S. ("Halkbank")*, Case 1:15-cr-00867-RMB Document 581 Filed 12/05/19 in respect of charges for Conspiracy to Defraud the United States in violation of 18 U.S.C. § 371; In U.S. Supreme Court, *Jesner v.*

concerns about payment systems and jurisdictional links were raised in respect of sanctions regimes targeting Iran and North Korea[89].

Unfortunately, the judgment on preliminary objections has not attracted the attention it would have deserved and the part about the characterization of foreign predicate offenses has even less and went almost unnoticed. The causes for the judgment passing partly unnoticed in its part concerning the UNTOC is plausibly connected with the fact that targeting corrupt regimes is far more attractive than discussing the concern of the overreaching of jurisdiction.

Additionally, the reading of the UNTOC emerging from the decision, as well as the purpose of transnational criminal law, are effectively reductive and potentially not beneficial to the legacy and narrative of the Convention and the appeal of transnational criminal law. The UNTOC is in effect sketched as a containing solely obligations for States to implement measures to criminalize certain conduct without regulating the reciprocal relationship in the pursuance of the purposes of the Convention. Transnational criminal law is consequently confirmed as a branch focusing on "suppression by international law through domestic penal law of criminal activities that have actual or potential trans-boundary effects" with its systemic deficiencies as the lack of attention to the development of its international components and to doctrinal coherency[90]. The above circumstances represent in our view the unpleasant reality determining the deliberate neglecting of the decision and the underlying legal questions.

3. Case II: the international tribunal for the law of the sea (itlos) untenable absolute prohibition of prescriptive jurisdiction on foreign vessels on the high seas

3.1. The underlying facts

On November 15, 2015, Panama made an application at the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)[91] against Italy in respect of the seizure and arrest in 1998 of the Panamanian flagged tanker *M/V Norstar*. The *M/V Norstar* was owned by a Norwegian shipping company, rented by a Maltese bunkering company and the bunkering was brokered through an Italian company.
The vessel was used to load product in tax exemption regime in Italian ports. Once sailed from the Italian port, the vessel turned course and, after approximatively hundred miles, bunkered - just outside the Italian territorial waters – leisure boats. The latter ones then "reintroduced" the product into the customs territory of Italy without submitting the prescribed custom declarations.
The seizure had been ordered by the prosecution office at the tribunal of Savona in the context of an investigation for customs violation by the Italian "*Guardia di Finanza*" against several individuals. The vessel was deemed to be "instrumental" to the commission of the alleged crimes and therefore a *corpus delicti* in the criminal proceeding as material evidence. None of the crewmembers was individually charges though the said circumstance is incidental as crewmember can eventually take active part in a criminal scheme.

The seizure was enforced in 1998, as a result of request for judicial cooperation, by the Spanish authorities, not on the high seas, but while the ship was docked in the bay of *Palma de Mallorca*. In 1999 a request for restitution of the seized vessel was granted under condition of a submission of reasonable guarantees. At the relevant time, the ship-owner did not submit the

Arab Bank, PLC, No. 16-499, 584 U.S. ___ (2018), the use of Clearing House Interbank Payments System (CHIPS) was only alleged connections to the United States under the Alien Tort Statute (28 U.S.C. § 1350).

[89] Reference is to the "announcement" by the EU of the Instrument in Support of Trade Exchanges (INSTEX) to facilitate non-U.S. dollars and non-SWIFT transactions eluding the U.S. jurisdiction over non-compliance with its Iran sanctions. SWIFT is a Belgian company in itself not subject to U.S. jurisdiction. On May 3, 2020, the in the United States District Court for the District of Columbia, in the *United States v. Ko Chol Man*, Case 1:20-cr-00032-RC, a Grand Jury returned the indictment against several executives of the Foreign Trade Bank of the Democratic People's Republic of Korea ("FTB") in Pyongyang, as they accessed Correspondent Banks in the United States through foreign financial institutions.

[90] N. BOISTER, *'Transnational Criminal Law'?*, *EJIL* (2003), Vol. 14 No. 5, p. 956.

[91] ITLOS Press Release, 'Panama Institutes Proceedings Against Italy in a Dispute Concerning The Arrest And Detention Of The M/V "Norstar"' (17 December 2015) ITLOS/Press 241.

guarantee. In first instance in 2003 all the defendants were all acquitted on the merits. Despite the return of the vessel was ordered the owners never took possession of it again and Panama claimed its total loss.

The timing of the claim by Panama was at least curious and eventually the result of the guess that being Italy at the time confronted with another relevant contentious case related with the freedom of navigation, it would be reluctant to rely of double-edged legal arguments eventually detrimental to its other stands or require factual distinctions.

The Tribunal ruled[92] "in favor" of Panama awarding 285,000 USD out a claim of overall damage in excess of 50 million USD.

This paper focusses on the arguments the Tribunal developed in its reasoning to expand the actual purpose of freedom of navigation and the rather hyperbolic concept and extent of the absolute exemption from regulatory jurisdiction as well as the definition of jurisdiction relied upon. While the circumstances of the case are rooted into international maritime law, the outcome is of prevailing interest for criminal law both domestic and transnational.

3.2. The preliminary objections on admissibility and jurisdiction

Upon receipt of Panama's application Italy submitted its written preliminary objections on March 10, 2016 raising a set of interesting questions challenging the jurisdiction of the Tribunal and admissibility of the claim.

The objection to the Tribunal's jurisdiction ranged from the absence of an actual dispute under the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)[93], to the lack by Italy of the quality of a proper respondent (as the seizure was enforced by Spain) to the unmissable involvement of third parties with reference to the "monetary gold" principle (not being Spain a party in the proceeding). Those on the admissibility encompassed the non-exhaustion of domestic remedies in Italy, to the nature of diplomatic protection of the claim to end with the more exotic "estoppel" barring the claim.

The course of action did not show successful as the Tribunal dismissed all preliminary objections of Italy[94] and the findings about the existence of a dispute influenced the scope of the jurisdiction in the final judgment. Italy maintained that article 87 of UNCLOS was irrelevant *ratione loci* in the instant case since the *M/V Norstar* was seized while it was anchored at the Palma de Mallorca Bay', i.e. within Spanish territorial waters" and that the Tribunal had already rules in the *M/V Louisa* case[95] that "article 87 cannot be interpreted in such a way as to grant the M/V "Louisa" a right to leave the port and gain access to the high seas notwithstanding its detention in the context of legal proceedings against it". During the search of the *M/V Louisa* in connection with preliminary proceeding diverse pieces of undersea archaeological origin were found, as well as five assault rifles, considered weapons of war, and a handgun. The M/V Louisa was subsequently seized "due to its direct relationship as an instrument" for carrying out "the crime of possession and depositing of weapons of war [. . .] together with the continued crime of damaging Spanish historical patrimony"[96].

The Tribunal observed in paragraph 122 of the judgment[97], which showed to pivotal for the subsequent outcome of the case, that "article 87 of the Convention, which concerns the freedom of the high seas, provides that the high seas are open to all States and that the freedom of the high seas

---

[92] *M/V "Norstar" (No 25) (Panama v Italy)* (Merits, 10 April 2019) ITLOS, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.pdf, accessed 30 May 2019, 102 – 112.

[93] United Nations Convention on the Law of the Sea, (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 397 (UNCLOS).

[94] *M/V "Norstar" (No 25) (Panama v Italy)* (Preliminary Objections, 4 November 2016) ITLOS Reports 2016, [44].

[95] *The M/V "Louisa" Case (No 18) (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)* (Judgment, 28 May 2013) ITLOS Reports 2013, p. 4, [109].

[96] Ibid 25, para. 54.

[97] On the decision, *See* M. FORTI, *International Tribunal for the Law of the Sea, Case 25, the M/V "Norstar" Case (Panama v Italy), a Brief Commentary on the Judgment on Preliminary Objections, Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy*, 2 (2017) 182-186.

comprises, inter alia, the freedom of navigation" and that the "Decree of Seizure by the Public Prosecutor at the Court of Savona against the M/V "Norstar" with regard to activities conducted by that vessel on the high seas and the request for its execution by the Prosecutor at the Court of Savona may be viewed as an infringement of the rights of Panama under article 87 as the flag State of the vessel. Consequently, the Tribunal concludes that article 87 is relevant to the present case"[98].

The wording of the said paragraph was extensively questioned by Judges *Wolfrum* and *Attard* holding the statement to be "nothing more than the repetition of the statement made by Panama but lacking any legal reasoning"[99]. They further asserted that "article 87 protects against enforcement actions undertaken by a State different from the flag State which hinders the freedom of movement of the vessel concerned" and that it wasn't "sustainable to argue that a detention order alone constitutes an infringement of the freedom of navigation"[100].

The Tribunal clarified that the effect of the preliminary judgment was non-prejudicial for the final decision[101]. Nevertheless, it is difficult not to agree with the observation of *ad hoc* Judge *Treves* that the imprecise and questionable argument accepted in the judgment on jurisdiction had an echo in the merits phase[102]. The lesson for the future – according to *ad hoc* Judge *Treves* - is that preliminary objections is a blunt instrument that should be used with prudence by the parties and by the adjudicating bodies and that the party rising the objection risks being confronted with a binding decision affirming jurisdiction or admissibility and taken without considering all aspects of the case. He further argued that the judge affirming his jurisdiction by rejecting the objection risks finding himself with his hands tied in deciding the case once all arguments and materials have been submitted and discussed[103].

The Tribunal, noting that in its final submissions Panama did not refer to article 92 (about status of ships on the high seas and, save exceptions, the exclusive jurisdiction of flag States) and article 97, paragraphs 1 and 3, of UNCLOS (about penal jurisdiction in matters of collision or any other incident of navigation), held it not to be required to consider whether it has jurisdiction to deal with the claims based on these articles[104]. In respect of art. 300 (about good faith and abuse of rights under the Convention) and the fulfillment of the duties under the Convention in good faith, Panama disagrees with Italy's argument that the question of abuse of rights is beyond the jurisdiction of the Tribunal.

On his one, the Tribunal held that it had jurisdiction to deal with the dispute concerning article 300 in connection with article 87 (about freedom of the high seas). The Tribunal, without prejudice to its decision to rely on articles 87 and 300, deemed have also recourse to article 92 as applicable law under article 293 of UNCLOS. As to article 97, paragraphs 1 and 3 of UNCLOS - provisions vehemently debated by Italy in its other international litigation – the Tribunal held not to further consider it.

The Tribunal also resolved preliminarily the rather abstract dilemma if the case was one of "arrest" or one of "execution of an order for seizure", by observing in paragraph 122 that "it is clear that without the Decree of Seizure, there would have been no arrest".

---

[98] *M/V "Norstar" (No 25) (Panama v. Italy)* (Preliminary Objections, 4 November 2016), ITLOS Reports 2016, p. 44, at p. 73, para. 122.

[99] *M/V "Norstar" (No 25) (Panama v. Italy)* (Preliminary Objections, 4 November 2016) (Separate Opinion of Judges Wolfrum. and Attard), https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C25_J_041116_sepop_RWDA_rev.pdf , p. 2 para. 5.

[100] Ibid 12, para 38.

[101] *M/V "Norstar" (No 25) (Panama v Italy)* (Merits, 10 April 2019) ITLOS, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.pdf, accessed 30 May 2019, at p. 40 para. 152.

[102] M/V "Norstar" (No 25) (Panama v Italy) (Merits, 10 April 2019) (Declaration of *ad hoc* judge Treves) ITLOS, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.2019_declTreves_rev.pdf, accessed 30 May 2019, p. 1 para. 3.

[103] Ibid.

[104] Ibid 37, para. 136.

3.3. Freedom of navigation and prescriptive jurisdiction in the judgment on the merits

The judgment on the preliminary objection in effect influenced the subsequent discussion and Panama tried to derive from 122 of the judgment on preliminary objection and its finding for jurisdictional purposes, that the decree of Seizure by the Public Prosecutor at the Court of Savona against the M/V "Norstar" with regard to activities conducted by that vessel on the high seas … may be viewed as an infringement of the rights of Panama under article 87 as the flag State of the vessel.

On his own Italy argued that nothing would prevent this Tribunal from adjudging and declaring, even at this merits stage, that article 87 is simply irrelevant to this case.

The "test" used by the Tribunal in order to establish if article 87 was "relevant" to the case is perhaps the least convincing part of the judgment. According to the Tribunal "If the decree and its execution concern only alleged crimes committed in the territory of Italy, as maintained by Italy, article 87 of the Convention is not applicable … however, if they concern activities conducted by the M/V "Norstar" on the high seas, as maintained by Panama, article 87 may be applicable" [105]. The "test" does not seem to be rooted neither in the UNCLOS nor in modern criminal science. It is worth observing that Panama while articulating the reasons supporting the fact that the *Norstar* was arrested "in the context of suspected criminal activity concerning 'bunkering' carried out by the *M/V "Norstar"* on the high seas" explicitly relied upon the Italian decree of seizure which referred to the selling of "product [to] a destination that differs from the one for which the tax exemption was granted" in the territory of Italy[106]. The latter phrasing clearly linked the bunkering to a prior territorial conduct.

The criminal activity investigated by the Italian authorities was located on the high seas relying on the unfortunate and misconceived reference in the decree of seizure to the "constructive presence" of the *M/V Norstar* and "hot pursuit", coloring the vessel as a "mother ship" operated on the high seas bunkering yachts returning to the territorial waters of Italy[107]. Italy correctly contended that the decree "did not target the activities carried out by the *M/V Norstar* on the high seas, but rather crimes within the Italian territory the *M/V Norstar* was instrumental to[108].

The Tribunal framed the criminal scheme described by the decree of seizure into the following elements[109]: (1) Marine gasoil was purchased exempt from taxes in Italian port and boarded on the *M/V Norstar*; (2) The *M/V Norstar* bunkered mega yachts outside the territorial sea of Italy; (3) The mega yachts returned to Italian port without declaring the possession of the product. The Tribunal subsequently perused the decree of seizure and other relevant documents of the Italian criminal proceeding in order to establish whether the decree and its execution concern "alleged crimes committed in the territory of Italy, activities conducted by the *M/V Norstar* on the high seas, or both"[110]. Having noted that the said documents concerned "alleged crimes committed in the territory of Italy, the Tribunal opined to be obliged to decide whether, and to what extent, it "also concerns activities conducted by the *M/V Norstar* on the high seas"[111]. Accordingly, it found that "the reference to constructive presence demonstrate that the decree of seizure targets the vessel's activities on the high seas" [112]. The conclusion the Tribunal drove from the references was that "the decree of seizure and its execution […] concern both alleged crimes committed in the territory of Italy and bunkering activities conducted by the M/V "Norstar" on the high seas" and "moreover, the description indicates that the bunkering activities on the high seas form an integral part of the modus operandi"[113].

[105] Ibid 41, para. 153.
[106] Ibid 42, para. 156.
[107] Ibid 42, para. 158.
[108] Ibid 43, para. 160.
[109] Ibid 45, para. 166.
[110] Ibid 45, para. 167.
[111] Ibid 46, para. 170.
[112] Ibid 47, para. 172.
[113] Ibid 49, para. 177.

The Tribunal then made a further reference to the operative part of the judgment of the Court of Savona acquitting the defendants whereas it states that "the purchase of fuel intended to be stored on board by leisure boats outside the territorial sea line and for its subsequent introduction into the territorial sea shall not be subject to the payment of import duties as long as the fuel is not consumed within the customs territory or unloaded on the mainland". The acquittal further considered that "whoever organizes the supply of fuel offshore – it does not really matter whether this occurs close to, or far from, the territorial waters line – does not commit any offence even though he/she is aware that the diesel fuel is used by leisure boaters sailing for the Italian [coasts]" and that "before asserting any kind of criminal liability, a preliminary test is needed as to where the provision of supplies occurred because if it took place outside the line of territorial waters no one of the offences charged does actually exist"[114]. The Tribunal concluded that the evidence showed that the bunkering activities of the *M/V Norstar* on the high seas in fact constitute not only an integral part, but also a central element, of the activities targeted by the Decree of Seizure and its execution[115] and that article 87 of the Convention could be applicable in the case.

However according to the Tribunal whether article 87 had been breached depended, *inter alia*, on how the freedom of navigation provided for in article 87 was to be interpreted and applied to the case.

The second part of the two-step test – the assessment of a breach - raised even more questions than the "relevance test" in respect of art. 87. The Tribunal considered it necessary to establish[116]: (a) the location where the freedom of navigation is applicable; what constitutes a breach of the freedom of navigation; and (b) "whether the freedom of navigation can be invoked to prohibit the extraterritorial application of criminal and customs laws of the coastal State to the high seas".

As to the first question Panama argued that bunkering falls within the freedom of navigation and that the said freedom encompassed the "the freedom to sail towards the high seas". Panama distinguished again the case form that of the *M/V Louisa*, as in the latter the vessel was arrested for a conduct within Spanish territorial waters, while the arrest of the *M/V Norstar* arose from activities on the high seas. As known, in the former case, the Tribunal held that article 87 of the Convention could not be interpreted in such a way that it granted the vessel which had been detained in the context of legal proceedings a right to leave the port and gain access to the high seas. In Italy's view, freedom of navigation is not a right enjoyed by States in all maritime zones, but rather on the high seas and typically a State's interference with a foreign vessel's navigation on the high seas occurs by means of enforcement action, or some other kind of physical interference, with the movement of the ship.
The Tribunal's assessment moved from the definition of freedom of navigation under art. 87, recalling further that under art.89 of the UNCLOS, no State may validly purport to subject any part of the high seas to its sovereignty[117].

Another corollary of the open and free status of the high seas is – according to the Tribunal "that, save in exceptional cases, no State may exercise jurisdiction over a foreign ship on the high seas" as freedom of navigation "would be illusory if a ship … could be subject to the jurisdiction of other States on the high seas" [118]. A conclusion reinforced, in the Tribunal's view[119], by a reference to the *SS Lotus* case[120] and the exceptional character of those provision subjecting a vessel on the high seas to other than the jurisdiction of the flag State. The Tribunal considered that the notions of the invalidity of claims of sovereignty over the high seas and of exclusive flag State jurisdiction on the high seas are inherent in the legal status of the high seas being open and free[121].

Bunkering of leisure vessels by the M/V "Norstar" would, accordingly, fall within the freedom of navigation. In order to assert a breach of art. 87 of UNCLOS, the syllogisms needed to be

[114] Ibid 51, para. 183.
[115] Ibid 53, para. 188.
[116] Ibid, para 189.
[117] Ibid 60, para. 213, 214.
[118] Ibid.
[119] Ibid 60, para. 216.
[120] Ibid, 61 para 216, ref. *The Case of the S.S. "Lotus"* (France v. Turkey) (Merits) PCIJ Rep Series A No 10, p. 25
[121] Idid 61, para 218.

completed by extending the *locus* of application of the freedom of navigation to subsequent port calls and the freedoms to … the right to regain the high seas[122]. This is exactly what the Tribunal did … by initially rejecting Panama's claim that the freedom of navigation under article 87 of the Convention included a right to "sail towards the high seas" and that a vessel enjoys such freedom even in a port of the coastal State[123]. According to the Tribunal, the right to "sail towards the high seas" isn't an implication of the freedom of navigation as such, but rather a consequence of the fact that the principle prohibits not only the exercise of enforcement jurisdiction on the high seas by States other than the flag State but also the extension of their prescriptive jurisdiction to lawful activities conducted by foreign ships on the high seas criminalizing activities carried out by foreign ships … even if the State refrained from enforcing those laws on the high seas[124].

The Tribunal ultimately held that the freedom of navigation: "prohibits not only the exercise of enforcement jurisdiction on the high seas by States other than the flag State but also the extension of their prescriptive jurisdiction to lawful activities conducted by foreign ships on the high seas"[125]. The *dictum* implied the rejection of Italy's arguments "that article 87 is not concerned with territoriality or extraterritoriality but rather with interference with navigation and that extraterritoriality is not the test to assess a breach of article 87".

While the meaning reference to "lawful activities" remains widely unclear, the Tribunal approximated the question by stating that "if a State applies its criminal and customs laws to the high seas and criminalizes activities carried out by foreign ships thereon, it would constitute a breach of article 87 of the Convention, unless justified by the Convention or other international treaties" even if the State "refrained from enforcing those laws on the high seas" [126].

In her declaration, Judge *Kelly* found the judgment to represent a "delicate balance of interests enshrined in the Convention associated with the rights of flag and coastal States alike, which extend also to the different stakeholders that embark on activities on the high seas as well as in the maritime zones subject to the authority and jurisdiction of coastal States"[127]. Judge *Kittichaisaree* in its declaration felt it necessary to address the enforcement jurisdiction of the port State against a foreign vessel in the context of the case. His declaration recalled those restrictive views reducing the jurisdiction of port States to the mere "right of denial of access to its port rather than a right to exercise enforcement jurisdiction by prosecuting and penalizing violations that do not have an effect in the territory of the port State since that right still pertains to the flag State". In the end he opined "the Tribunal was "wise in the […] Judgment to avoid postulating that a port State has unlimited sovereignty and jurisdiction to take enforcement measures against a foreign vessel voluntarily in its port"[128].

---

[122] M/V "Norstar" (No 25) (Panama v Italy) (Merits, 10 April 2019) ITLOS, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.pdf, accessed 30 May 2019, [61]-[62].

[123] Ibid 62, para. 221.

[124] Ibid 63, para. 225.

[125] Ibid 63, para. 225.

[126] Ibid 63, para. 226.

[127] M/V "Norstar" (No 25) (Panama v Italy) (Merits, 10 April 2019) (Declaration of Judge Kelly) ITLOS, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.2019_declKelly_rev.pdf, accessed 30 May 2019, [8].

[128] M/V "Norstar" (No 25) (Panama v Italy) (Merits, 10 April 2019) (Declaration of Judge Kittichaisaree) ITLOS, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25__D_Kittichaisaree.pdf, [8]. In the declaration expressively quotes R. G. RAYFUSE, *Non-Flag State Enforcement in High Seas Fisheries,* Martinus Nijhoff, 2004, pp. 335–7; D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea* (CUP 2009), pp. 2, 276–7; A. N. HONNIBALL, *The Exclusive Jurisdiction of Flag States: A Limitation on Pro-active Port States?* (2016) 31 Int'l J Marine & Coastal Law 499, 524–9.

3.4. A critique to the Tribunals concept moving from the minority opinion

In their compelling and substantial joint dissenting opinion Judges *Cot, Pawlak, Yanai, Hoffmann, Kolodkin* and *Lijnzaad* and Judge *ad hoc Treves*, distinguished the "relevance" of article 87 in the case, for the purpose of the Tribunal's jurisdiction, from its applicability[129].

They convincingly disagreed with the majority holding that freedom of navigation prohibits not only the exercise of enforcement jurisdiction on the high seas by States other than the flag State but also as to what represents an extension of their prescriptive jurisdiction to "lawful activities" conducted by foreign ships on the high seas, by defining the requirements of the latter jurisdiction.

Accordingly, "for a State to apply its prescriptive criminal jurisdiction to any activity and in particular an activity beyond its territory, that State must target the activity as a criminal one extending rules of criminal law to this activity and not just mentioning or describing it … [and that] [t]he activity must be criminally prosecutable under the law of that State"[130]. The views of the minority are expanded in a subsequent paragraph of the dissenting opinion where it is argued that "even if Italy, in the exercise of its prescriptive criminal jurisdiction, was targeting the activities of the M/V Norstar on the high seas, it was not targeting the bunkering as such". Rather, "the focus of its investigation was the use of the vessel as a means to transport and supply fuel for the purchase of which allegedly appropriate taxes were not paid in its territory and which was subsequently allegedly smuggled into its territory" and that "Italy was entitled to investigate this otherwise lawful activity as an integral part of the allegedly criminal scheme"[131]. The minority further considered that it "is widely recognized that a State may extend its prescriptive criminal jurisdiction to conduct beyond its territory when a constituent element of an alleged crime has occurred in its territory or where there is a sufficient connection to it" [132]. They finally contend that nothing in the Convention limits prescriptive jurisdiction and that limitations are to the enforcement jurisdiction[133].

The majority's view as to what is a "lawful activity" far from clarifying the limits of prescriptive jurisdiction seem to have been excessively influenced by a defensive attitude towards offshore bunkering which is lawful because … falling within the freedom of navigation under article 87 of the UNCLOS. In such a perspective, the limits of the freedom of navigation are to be found in those situations in which acts of interference are allowed under art. 110 of the UNCLOS; at least because such acts of interference and enforcement jurisdiction presuppose prescriptive jurisdiction (eventually with reference to the laws of other States, as in the case of piracy). The legal construct of the majority does not fit easily in a picture – that of Part VII of the UNCLOS – whereas there was the need to establish in art. 97 for a collisions or other incident of navigation, the concurring (and otherwise exclusive) jurisdiction in criminal matters in respect of the master or of any other person in the service of the ship by the flag State or of the State of which such person is a national; Jurisdiction to adjudicate presupposing the prior prescriptive jurisdiction. As Panama did not rely on art. 97 the Tribunal was of the view not to be required to consider whether it had jurisdiction to deal with Panama's claims based on the provision.

The quote by the Tribunal of the IPCJ in the *Lotus* case[134] requires a remark as the decision was reversed by way of international legislation[135]. Art. 97 of UNCLOS borrowing partially and

---

[129] M/V '"Norstar"' (No 25) (Panama v Italy) (Merits, 10 April 2019) (joint dissenting opinion judges Cot, Pawlak, Yanai, Hoffmann, Kolodkin and Lijnzaad and judge ad hoc Treves) ITLOS, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_DO_joint.pdf, accessed 30 May 2019, [4].

[130] Ibid 5, para. 15.

[131] Ibid 9, para. 30.

[132] Ibid 9, para. 31. On the dissenting opinion RICHARD COLLINS, *Delineating the Exclusivity of Flag State Jurisdiction on the High Seas: ITLOS issues its ruling in the M/V "Norstar" Case, EJIL: Talk!*, 4 June 2019 <https://www.ejiltalk.org/delineating-the-exclusivity-of-flag-state-jurisdiction-on-the-high-seas-itlos-issues-its-ruling-in-the-m-v-norstar-case/>.

[133] Ibid 5, para. 19.

[134] *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)* (Merits) PCIJ Rep Series A No 10.

[135] S. TALMON, *The South China Sea Arbitration and the Finality of 'Final' Awards, Journal of International Dispute*

solely with reference to the flag State jurisdiction, from the prior Collision convention[136] set a rule aimed at avoiding future situations of conflicts of jurisdiction as those admitted by the *Lotus* decision. The *lotus* decision is in most respects … unhelpful in its approach to the principles of jurisdiction and viewed from its early days … at best as inapposite and at worst as an inaccurate statement of the principles of international law[137]. The reference made by the majority opinion of the Tribunal is unfortunate in itself as the quote was extrapolated from the premise of paragraph denying … the very *rationale* of the Tribunals decision. The relevant phrasing while negating the jurisdiction to enforce on the high seas, asserted that "… but it by no means follows that a State can never in its own territory exercise jurisdiction over acts which have occurred on board a foreign ship on the high seas" [138]. As observed above, the later codification of the law of the sea significantly reversed the decision with respect to collisions and incidents of navigation in a broad sense.

In an early comment the judgment is "a welcome contribution and builds on the well-established case law to the effect that, unless an exception applies, non-flag state enforcement on the high seas or in the exclusive economic zone (EEZ) may breach the high seas freedoms"[139]. The same Author also argued that "flag state need not wait for enforcement of the law to occur before objecting or raising compulsory third-party dispute settlement under UNCLOS". Further, "the freedoms of the high seas are an interrelated but distinct principle to that of exclusive flag state jurisdiction" and the Tribunal was discussing the latter in reference to lawful activities. As convincingly pointed out, in the above comment, once the Tribunal had established that the Italian practice included both territorial and extraterritorial elements of prescription, it should have weighed the competing interests to analyze whether the territorial elements of conduct provided a sufficient jurisdictional nexus to afford prescriptive jurisdiction over the offence in its entirety[140]. This because territorial and extraterritorial are not black and white concepts and disputes will often arise in cases where there is overlap and both apply[141].

It is further worth observing that charges leading to the seizure of the Vessel and the acquittal of the defendants are referred to in a fragmentary way in the judgment. The individuals charged in the criminal proceeding were accused of having "allocated products that are exempt or admitted at preferential rates for tax purposes to uses that are not exempt or subject to higher tax rates" under the Legislative Decree No. 504/95, art. 40 lett *c*). The bunkering by the *M/V Norstar* was an "inbound" supply to leisure boats (not entitled to tax exemption) and took place in a moment in which a tax evasion could not yet have been deemed to occur. Italy did not extend its "prescriptive jurisdiction" to the high seas and in the criminal scheme investigated by the Italian authorities the "exempt product" incidentally happened to be bunkered on the high seas in circumstances determining its subsequent re-import. The bunkering on the high seas was incidentally part of a conduct allegedly aimed at the allocation of tax-free product to non-tax free uses.

Tax exemptions in the case of the M/V Norstar were granted under a provision equivalent to the actual art. 148 lett. *a*) of the European Union VAT directive 2006/112/EC of 28 November 2006 requiring Member States to exempt: "the supply of goods for the fueling and provisioning of vessels used for navigation on the high seas and carrying passengers for reward or used for the purpose of commercial, industrial or fishing activities, or for rescue or assistance at sea, or for inshore fishing, with the exception, in the case of vessels used for inshore fishing, of ships' provisions". The European Court of Justice ECJ held that exemptions "may apply only at the last stage in the commercial chain

---

Settlement, 2017, n. 8, p. 393.

[136] International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Penal Jurisdiction in Matters of Collision or Other Incidents of Navigation, (adopted 10 May 1952, entered into force, 20 November 1955), 439 UNTS 235.

[137] References in H. HANDEYSIDE, *The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship Ever Afloat? Michigan Journal of International Law*, Vol. 29 (2007), p. 72.

[138] Ibid 25.

[139] A. N. HONNIBALL, Freedom of Navigation Following the M/V "Norstar" Case, *The blog of the K.G. Jebsen Centre for the Law of the Sea*, 4 July 2019 <https://site.uit.no/jclos/2019/06/04/freedom-of-navigation-following-the-m-v-norstar-case/>.

[140] Ibid.

[141] Ibid.

of the goods concerned, when they are supplied to the operator of the vessels which will use them[142]. In the later *Fast Bunkering Klaipėda'* case, the ECJ found that "exemption may apply if the transfer to those intermediaries of the ownership in the goods concerned under the procedures laid down by the applicable national law took place at the earliest at the same time when the operators of vessels used for navigation on the high seas were actually entitled to dispose of those goods as if they were the owners, a matter which is for the national court to ascertain"[143]. The entitlement in Italy to tax exemption has undergone in 2017 to some refinement as to the definition of "vessel to be used for navigation on high seas", requiring more than 70% of the total "trips " of the vessel, during a calendar year, should be on the "high seas". The refinement was a consequence of the *Elmeka* judgment of the ECJ[144] which followed an infraction procedure of the European Commission against France for not making the exemption conditional on the requirement of use for navigation on the high seas, in respect of vessels carrying passengers for reward and those used for the purpose of commercial activities.
The provisions actually applicable to exemptions and to imports, would probably not allow for a conviction in a scheme like that involving the *M/V Norstar* as a matter of domestic criminal law. Nevertheless, it should not be ruled out that the financial interests of Coastal States or the EU could mandate the adoption of more stringent provisions influencing the application of criminal provisions, without affecting the freedom of navigation.

3.5. Partial conclusions

Italy "successfully lost" the case as the sum awarded to Panama did not cover even a fraction of the legal expenses sustained.

The fact that the *M/V Norstar* was seized as an "instrument" of the crime and none of the crewmembers were charged did not facilitate the terminological choices by the Tribunal that referred to "activities" on the high seas as juxtaposed to criminal conduct. The "inbound scheme" to elude taxes, was realized in its complex by several distinct groups of individuals acting separately (at least on the side of the supplied leisure boats) and with different degrees of intent or knowledge of the nature of the product which was not deepened in the domestic proceedings and could potentially led to different appreciations and findings.

The dissenting opinion acknowledges - when referring to the "targeting of activities" on the high seas as extending rules of criminal law to this activity and not just mentioning or describing it - that the exercise of criminal jurisdiction involves the taking into consideration, the assessing or characterizing foreign (or extraterritorial) parts of conduct otherwise territorial by principals and accessories. Modern practice in the repression of transnational crime shows that also the conduct of innocent agents is eventually exploited for the commission of offenses by mean of others. This happens also on the high seas as in the case of migrant smuggling using search and rescue assets as instrumentalities for the furtherance of the crime.

There is an aspect of the decision in the *Lotus* case relevant and still actual in respect of a general theory of jurisdiction and worth recalling. Some lines after the part quoted by the Tribunal, the decision reads: "by virtue of the principle of the freedom of the seas, a ship is placed in the same position as national territory … but there is nothing to support the claim according to which the rights of the State under whose flag the vessel sails may go farther than the rights which it exercises within its territory properly so called"[145]. The necessary symmetry between rights and freedom from interference in a State's territory and on board a vessel does not support assertions of the prohibition of the exercise of prescriptive jurisdiction not fitting in a more general picture. Perhaps a broader perspective on the realities of transnational organized crime and the atomization of conduct and the overlaps of prescriptive (and adjudicatory) jurisdiction in its suppression could have supported a less radical assertion of the ban on prescriptive jurisdiction. It is accordingly striking how vessels on the

[142] C-185/89 (*Staatssecretaris van Financiën v Velker International Oil Company*) (1990) ECR I-02561.
[143] C-526/13 (*Fast Bunkering Klaipėda' UAB*) (2015) ECR 536
[144] C-197/12 (*European Commission v French Republic*) (2013) ECR 202.
[145] *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)* (Merits) PCIJ Rep Series A No 10, 25.

high seas purportedly should be "sealed" from foreign prescriptive jurisdiction to such a higher extent than government ministries of States.

The overall impression is that the Tribunal seized the opportunity to settle questions that are beyond those at issue in the case, re-sizing port State jurisdiction and eventually contributing to the agenda of a reshaping of the boundaries of the sovereignty principle as a limit to extraterritorial jurisdiction.

4. The Takeaways

The *M/V "Norstar" (No 25) (Panama v Italy)* and the *Immunities and criminal proceedings (Equatorial Guinea v France)* involved very different factual issues and last but not least, two significantly different international jurisdictions. The decisions are the result of different approaches to the question of the extraterritorial application of criminal law.

In the former case Italy had "considered" or appreciated the conduct taking place on the high seas as part of a criminal scheme without expressively extending its criminal law to the high seas and as a part of a conduct involving twice its territory. In the latter case, France had "characterized" a foreign conduct as a predicate offense for the purpose of applying its criminal law to wholly territorial money laundering offenses.

The ITLOS unnecessarily (and in our view wrongly) addressed the question "whether the freedom of navigation can be invoked to prohibit the extraterritorial application of criminal and customs laws of the coastal State to the high seas" and did not felt compelled consider the situations in which a State extends (eventually implicitly) it prescriptive jurisdiction to constituent elements of conduct of an alleged territorial crime occurred in its territory or where there is a sufficient connection to it. The approach followed by the ITLOS cannot be simply qualified as a matter of "fragmentation" under international law.

The robust dissenting opinions and the Tribunals split induces to consider the issue not definitively settled.

The ICJ, confronted with an indefensible case, while excluding the existence of a dispute under the UNTOC considered the "characterization" of foreign predicate offenses as a jurisdictions issue – which was not obvious – leaving the door open should a dispute properly fall under the jurisdiction of the Court. The approach followed, although partly dismissive, was conservative and the question of sovereign equality and non-intervention in domestic issues was left for future consideration.

Praestat cautela quam medela: opportunità per il progetto di articoli della commissione di diritto internazionale sulla risposta internazionale ai disastri

Praestat cautela quam medela*:*
opportunities for draft articles of the international law commission on international disaster response

di *Luca Sammuri*[1]

Abstract: Il presente elaborato tratta un atto normativo di livello internazionale la cui attualità è stata messa in luce (purtroppo) dai noti eventi che coinvolgono il nostro Paese e tutta la comunità mondiale per la pandemia "causata" dal Covid-19, evento che consente all'argomento di assumere una rilevanza attualissima e di assoluta necessità di risoluzione, nonostante nelle cronache soprattutto degli ultimi anni la problematica fosse già salita alla ribalta della cronaca visto l'intensificarsi degli eventi disastrosi e/o catastrofici di varia natura ed origine. Come noto, peraltro, il nostro Paese si è trovato da subito sotto i riflettori globali per questa pandemia, sia per essere stato il secondo Paese a fronteggiare questo nemico invisibile, sia per la risposta e le azioni necessarie che si sono dovute attuare, in tempi estremamente brevi se non brevissimi. La pandemia offre quindi uno straordinario e calzante esempio per poter operare un raffronto sull'applicazione pratica di quanto previsto nel Progetto.

Abstract: *This document deals with an international regulatory act whose relevance has been highlighted (unfortunately) by the well-known events involving our country and the whole world community for the pandemic "caused" by Covid-19, an event that allows topic of assuming a very current relevance and of absolute need for resolution, despite the fact that in the news especially in recent years the problem had already risen to the forefront of the news given the intensification of disastrous and/or catastrophic events of various nature and origin. As you know, however, our country immediately found itself in the global spotlight for this pandemic, both for being the second country to face this invisible enemy, and for the response and necessary actions that had to be implemented, in times extremely short if not very short. The pandemic therefore offers an extraordinary and fitting example to be able to make a comparison on the practical application of the provisions of the Project.*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il progetto di articoli. – 3. Conclusioni.

1. Introduzione

Praestat cautela quam medela. Prevenire è meglio che curare. Questo assunto vale anche nel campo dei disastri, dove per lungo tempo ha prevalso una politica reattiva, nonostante questo approccio comporti enormi costi umani e finanziari. Mentre le drammatiche questioni legate alla gestione delle conseguenze della guerra hanno attirato l'attenzione della comunità internazionale già nel 1856 con il Trattato di Parigi e la connessa Dichiarazione sul diritto marittimo, la comunità si è interessata ai problemi relativi ai disastri solamente all'inizio del ventesimo secolo. Le prime attestazioni di questo nuovo interesse furono la firma della Convenzione che istituiva la *International Relief Union* nel 1927. Nel Preambolo gli Stati firmatari dichiaravano la loro disponibilità e l'impegno ad aiutarsi a vicenda in caso di disastro, ad effettuare i relativi aiuti internazionali in maniera coordinata tramite l'IRU[2] ed a promuovere il progresso del diritto internazionale e gli studi scientifici

[1] Capitano di Fregata del Corpo della Capitaneria di Porto.

[2] Il lungimirante promotore dell'IRU fu Giovanni Ciraolo, Presidente della Croce Rossa italiana, che sottolineò come l'approccio alle catastrofi naturali fosse meramente reattivo e dimostrò che le misure di prevenzione e preparazione erano fattibili già allora. Analizzando la storia, affermò che ogni regione continua ad essere flagellata ciclicamente dal punto di

in questo ambito, al fine di contrastarne o limitarne gli effetti. Questo primo tentativo della comunità internazionale di creare un meccanismo multilaterale si dimostrò purtroppo un fallimento, anche a causa della mancanza del sostegno finanziario necessario per intraprendere il suo mandato; in nessun disastro occorso l'IRU ha svolto un ruolo significativo, limitandosi essenzialmente alla pubblicazione di saggistica scientifica. Dopo il secondo conflitto mondiale pertanto gli Stati membri dell'IRU si avvalsero della clausola di recesso prevista dall'Accordo e le sue attività scientifiche, concentrate principalmente sullo studio delle catastrofi naturali, furono trasferite all'UNESCO. Il fallimento dell'IRU portò all'abbandono dell'idea di regolamentare l'assistenza internazionale in caso di calamità attraverso un unico trattato globale e furono adottate in parallelo due strategie distinte: l'adozione, da un lato, di trattati specializzati regionali e bilaterali in materia, dall'altro di trattati globali su una vasta gamma di questioni contenenti regole applicabili ad hoc alle situazioni di disastro. La prima tendenza, che ha avuto un crescente e continuo successo da allora, ha portato alla creazione di una nuova branca nel campo del diritto internazionale, lo *International Disaster Response law* (IDRL). *Nomen est omen*: la stragrande maggioranza degli strumenti creati da esso infatti attiene quasi esclusivamente alla seconda fase del ciclo del disastro (la risposta).

2. Il progetto di articoli

La problematica della riduzione preventiva del rischio è stata anche considerata ed introdotta dalla *International Law Commission* all'interno del suddetto Progetto, licenziato nel maggio 2016. I lavori sul Progetto sono iniziati nel 2008, ma solo nel 2013 il relatore speciale Valencia-Ospina[3] si è concentrato sulla fase del pre-disastro, dopo aver concretizzato la sua intenzione iniziale di disciplinare tutte le fasi del ciclo del disastro. Sulla base di una revisione dettagliata del principio di prevenzione nel diritto internazionale, Valencia-Ospina aveva proposto due progetti di articoli, relativi rispettivamente alla "Cooperazione per la riduzione del rischio di catastrofi" ed al "Dovere di ridurre il rischio di catastrofi". Nel testo finale solo il secondo è sopravvissuto, mentre è possibile trovare un riferimento alla cooperazione nel commento all'Art. 7 (Obbligo di collaborazione). Tale soppressione inevitabilmente diminuisce il ruolo complessivo della prevenzione nel contesto del Progetto; mentre negli intenti iniziali si applicava anche nella fase del pre-disastro, nella stesura finale ci si è concentrati principalmente sulla risposta alle catastrofi. La restante disposizione dedicata alla riduzione del rischio, l'Art. 9, è comunque importante; stabilisce inequivocabilmente un obbligo, imposto a ciascuno Stato individualmente, di ridurre il rischio di catastrofi adottando misure adeguate, anche attraverso la previsione di apposita normativa, per prevenire, mitigare e prepararsi alle stesse. Tale dovere, in termini generali, si basa principalmente sui principi provenienti dall'*International Human Rights Law* e sui vari strumenti vigenti sulla riduzione del rischio ed il cambiamento climatico, che esprimono l'impegno degli Stati a ridurre i rischi di catastrofi. Nonostante la sua ampia portata il tema della riduzione del rischio ha un carattere flessibile, di conseguenza richiede solo che gli Stati si attivino con certi comportamenti, lasciando quindi loro un margine di discrezionalità quanto alle misure concrete da adottare a tal fine. La riduzione del rischio attiene essenzialmente a tre profili, vale a dire lo svolgimento delle valutazioni del rischio, la raccolta e la diffusione delle informazioni sui rischi e sulle perdite subite, infine l'installazione ed il funzionamento di sistemi di allarme rapido. Dette misure, essenzialmente tratte dai principi internazionali dei diritti umani, riflettono il più importante sforzo contemporaneo per la riduzione del rischio di catastrofi la cui rilevanza è ulteriormente confermata dalla loro inclusione nel *Sendai Framework*[4]. Come dimostrato

vista geologico, meteorologico e sanitario con gli stessi fenomeni per cui, ricordando il tipo di terremoto, evento meteorologico, epidemia e persino calamità economica che ha colpito quella regione nel corso dei millenni, si può preordinare un'organizzazione permanente per fronteggiare ogni sorta di calamità, capirne i loro ritmi, preparare gli strumenti di soccorso e gli opportuni accorgimenti preventivi. "In questo settore, la pietà deve avere la scienza come collaboratore [...] È possibile pianificare il necessario in tempo per prepararsi al ritorno del flagello".

[3] INTERNATIONAL LAW COMMISSION - Summaries of the Work of the International Law Commission. Protection of persons in the event of disasters (last update February 20, 2020).

[4] Il *Sendai Framework* per la riduzione del rischio di catastrofi 2015-2030 è stato adottato alla 3° conferenza mondiale Onu sulla riduzione del rischio di catastrofi a Sendai, Giappone, a marzo 2015, e successivamente approvato

dalla lunghezza del suo commento, l'Art 9 è stato elaborato sulla base di una notevole quantità di prassi e normative nazionali diverse. Il suo inserimento tardivo nel Progetto è comunque responsabile di alcune incongruenze o, nella migliore delle ipotesi, può limitarne la funzione. La nozione di disastro infatti incarna perfettamente l'approccio reattivo che pervade il Progetto, applicabile solo al raggiungimento di eventi di una soglia di gravità piuttosto elevata. Eventi su piccola scala, nonostante la loro frequenza e distruttività, quindi rischiano di essere esclusi dalla portata del Progetto. Nonostante i suoi limiti strutturali, l'Art. 9 si può comunque considerare tra le disposizioni più progressiste e lungimiranti del Progetto. Non è un caso che diversi Stati abbiano espresso il loro dubbio sul carattere abituale dell'obbligo di ridurre il rischio del disastro. Anche supponendo che questi dubbi siano (parzialmente) fondati, non può negarsi che l'Art. 9 abbia una solida base in varie norme e principi propri dei diritti umani e della normativa internazionale sui disastri. Inoltre, la sua formulazione flessibile non rende la sua applicazione troppo onerosa per gli Stati. Resta ora da vedere in quale forma finale il Progetto sarà approvato. Ad ogni modo il Progetto ha già dimostrato di essere un contributo importante al consolidamento e sviluppo della normativa internazionale sui disastri, in primo luogo per quanto riguarda la prevenzione del rischio.

La prevenzione all'interno della normativa afferente la risposta ai disastri è un concetto ultimamente assai presente sia in documenti di *soft law* sia in trattati bilaterali e multilaterali. Tuttavia il suo inserimento nella prassi è così recente da non far ravvisare la creazione di un dovere generale di prevenzione e da non poterne consentire una precisazione quanto al suo contenuto specifico. La spinta alla prevenzione ha visto la sua nascita soprattutto per quelle categorie di catastrofi provocate o esacerbate dalle attività umane, in cui un nesso causale tra il disastro e il degrado ambientale precedente può essere facilmente identificato. In tali casi, l'emergere di doveri internazionali ai sensi del diritto ambientale internazionale ha consentito alla comunità internazionale di enucleare l'obbligo per gli Stati di prevenire tale danno all'ambiente nei confronti dei Paesi vicini. Più recentemente, la responsabilità dello Stato di prevenire catastrofi anche nei confronti dei propri cittadini è stata affermata invocando tale incapacità dello Stato di adottare misure praticabili per prevenire o mitigare le conseguenze di catastrofi prevedibili quale violazione del diritto alla vita. Il concetto di prevenzione delle catastrofi è stato utilizzato anche per l'identificazione di politiche di sviluppo globali in cui siano appunto presenti pratiche di gestione dei rischi, parte essenziale di uno sviluppo sostenibile. In passato infatti la percezione tradizionale del disastro naturale o causato dall'uomo come evento episodico ha ritardato lo sviluppo del diritto internazionale di risposta e prevenzione delle catastrofi in generale. Solo in tempi recenti i disastri hanno infatti cominciato ad essere considerati come eventi che incidono sugli interessi "persistenti" degli Stati a tal punto e con conseguenze così costose che la legislazione internazionale che regola la risposta dello Stato alle catastrofi, compresa la prevenzione, alla fine si è sviluppata. La prevenzione si è così affermata sia in impegni politici assunti dagli Stati nelle sedi internazionali sia attraverso la dichiarazione di principi e obblighi procedurali vincolanti negli strumenti legislativi pertinenti. Nonostante il disaccordo iniziale sull'esistenza di un principio generale di prevenzione, lo sviluppo del diritto internazionale nel settore della risposta alle catastrofi, di cui la prevenzione e la mitigazione delle catastrofi sono elementi costitutivi, è ormai fondato sul principio del rispetto per l'ambiente. Strumenti come procedure di valutazione, informazione e notifica, così come altri strumenti che regolano la prevenzione ai sensi della normativa internazionale ambientale, devono essere interpretati in modo proattivo per essere utilmente ed efficacemente applicati nell'ambito di tutti i tipi di catastrofi. Il dovere di prevenire catastrofi naturali o di origine umana è un dovere che gli Stati devono avere non solo nei confronti degli altri Stati ma anche nei confronti della popolazione di questi oltre che dei propri cittadini. Troppo spesso infatti la questione della responsabilità internazionale degli Stati per rischi concernenti le attività con effetti transfrontalieri si limitano all'identificazione di una responsabilità limitata al territorio degli Stati coinvolti, con esclusione anche della responsabilità per mancata prevenzione. Il danno causato da calamità naturali o provocate dall'uomo non è solo ambientale: le catastrofi devono essere evitate anche perché sono minacciati la salute umana, i diritti umani, lo sviluppo sostenibile. La prevenzione delle catastrofi deve spostare il focus su preoccupazioni proattive piuttosto che reattive, relative allo

dall'Assemblea Generale.

sviluppo e ai diritti umani, rendendo così la prevenzione un obbligo generale che trascende la pura e semplice difesa degli interessi dello Stato; gli interessi quindi colpiti dalla contingenza delle catastrofi vanno ben oltre quelli degli Stati[5]. Problematica connessa con quanto precedentemente esposto è l'organizzazione dell'ambiente verso la predisposizione naturale della riduzione del rischio di disastro; per fare ciò occorre l'azione e la compartecipazione di diversi attori. Tali attività di riduzione del rischio sono necessarie sia alla costruzione della resilienza ai pericoli sia per garantire che quanto fatto non sia inficiato da vulnerabilità a quei pericoli. La frequenza e l'intensità dei pericoli legati all'ambiente sono state costantemente in aumento negli ultimi decenni e il loro rapporto con i cambiamenti climatici è stato fortemente messo in evidenza nelle sedi internazionali. Pertanto le attività nazionali e le normative volte a prevenire i danni ambientali, nonché gli impegni internazionali in materia ambientale sono strettamente associati con la tensione a cercare risposta al disastro. Il diritto internazionale dell'ambiente è costituito da una moltitudine di strumenti, come trattati e accordi, dichiarazioni, raccomandazioni, linee guida e codici di condotta incentrati sulle interazioni tra uomo e mondo naturale. Mentre l'esistenza di norme di diritto consuetudinario è ancora dibattuta, un certo numero di principi generali sono ampiamente riconosciuti come attività ispiratrici degli Stati in campo ambientale, come il principio di prevenzione, il principio "chi inquina paga", lo sviluppo sostenibile, il principio di precauzione. Il principio di prevenzione è profondamente radicato in numerosi trattati volti a prevenire i danni ambientali.[6] Questi strumenti svolgono un ruolo fondamentale per evitare disastri naturali e causati dall'uomo, proprio basati sul principio di prevenzione per ridurre il rischio di catastrofi. Il principio "chi inquina paga" è alla base delle normative nazionali che imputano agli inquinatori di sopportare i costi dell'inquinamento da loro causato, così come numerosi trattati relativi alla responsabilità civile per attività pericolose si basano sul principio di responsabilità del proprietario. Le catastrofi incidono negativamente sullo sviluppo, soprattutto quando colpiscono i Paesi afflitti da povertà estrema e istituzioni deboli. L'8 settembre 2000 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato la "Dichiarazione del Millennio", che stabilisce il programma internazionale per lo sviluppo umano[7]. Sono stati concordati otto macro obiettivi di sviluppo del millennio: sradicare la povertà estrema e la fame, garantire l'istruzione primaria universale, promuovere la parità di genere e la responsabilizzazione delle donne, ridurre la mortalità minorile, migliorare la salute, la lotta contro l'HIV, la malaria e altre malattie, garantendo la sostenibilità ambientale e sviluppando un partenariato globale per lo sviluppo. Ogni macro obiettivo include obiettivi specifici supportati da indicatori quantitativi per misurare i progressi raggiunti. La riduzione del rischio di catastrofi può contribuire notevolmente al raggiungimento dei suddetti macro obiettivi. In effetti, i disastri esauriscono le risorse necessarie per combattere la fame, distruggono le scuole, drenano le risorse da dedicare all'istruzione, donne e bambini sono particolarmente vulnerabili alle conseguenze delle catastrofi, che oltretutto impediscono uno sviluppo urbano o rurale sostenibile. La cooperazione internazionale è un prerequisito essenziale per ridurre i rischi derivanti dai pericoli naturali. Per quanto appena esposto, la relazione tra i macro obiettivi e la normativa internazionale di risposta ai disastri è quanto mai stretta e reciproca; da un lato tale normativa può beneficiare degli impegni assunti dai membri delle Nazioni Unite per favorire lo sviluppo, mentre la politica di prevenzione del rischio di catastrofe è fondamentale nella lotta contro la povertà. Di conseguenza, misure appropriate di prevenzione del rischio di catastrofi accelereranno e rafforzeranno gli sforzi per raggiungere i predetti macro obiettivi.

Nel considerare il dovere di chiedere assistenza esterna, la Commissione si basa ampiamente sugli obblighi degli Stati derivanti dalla normativa internazionale in materia di diritti umani e dal diritto internazionale umanitario, che prescrivono entrambi appositi strumenti per salvaguardare un

[5] B. NICOLETTI - *La prevenzione dei disastri naturali e artificiali: quali doveri per gli Stati?* in International Disaster Response Law -T.M.C. Asser Press (2012).

[6] Ad esempio, la Convenzione di Ginevra del 1979 sull'inquinamento atmosferico transfrontaliero a grande distanza e relativi protocolli, la Convenzione di Basilea del 1989 sui movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi, la Convenzione ONU del 1992 sui cambiamenti climatici e relativo protocollo di Kyoto del 1997, la Convenzione ONU del 1994 per combattere la desertificazione.

[7] A. LA VACCARA - *Un ambiente abilitante la riduzione del rischio per il disastro* in International Disaster Response Law -T.M.C. Asser Press (2012).

certo numero di diritti direttamente implicati nel contesto di un disastro. Come elencazione non esaustiva possiamo indicare il diritto alla vita, a un'alimentazione adeguata, il diritto alla salute e ai servizi medici, il diritto all'acqua potabile, a un alloggio adeguato, all'abbigliamento ed ai servizi igienico-sanitari ed il diritto di essere liberi da discriminazioni. Nel Commentario, la Commissione procede quindi a dimostrare la base delle fonti all'interno del diritto internazionale dei diritti umani che hanno contribuito ad elaborare questo obbligo. Per quanto riguarda i lavori preparatori di questo articolo del Progetto, si è svolto un considerevole dibattito all'interno della Commissione circa il giusto equilibrio tra sovranità da un lato e protezione dei diritti umani dall'altro; diversi membri hanno proposto di riformulare i principi di sovranità e non intervento negli affari interni di uno Stato nell'articolo in questione per riflettere adeguatamente entrambi i diritti dello Stato interessato nei confronti dell'assistenza umanitaria, così come la sua responsabilità per le operazioni di salvataggio complessive. D'altra parte, la Commissione ha sottolineato nel Commentario quanto occorra adeguatamente intrepretare il concetto di sovranità nell'epoca contemporanea, per cui la sovranità di uno Stato deve essere bilanciata con la necessità di proteggere i diritti umani; la finalità prioritaria della normativa in esame è la protezione delle persone in caso di catastrofi e non la protezione dei diritti degli Stati. Il rifiuto di accettare l'assistenza esterna costituisce, se integrati determinati presupposti, un atto internazionale illecito ai sensi del diritto internazionale se tale rifiuto viola i diritti delle persone colpite dalle catastrofi, fino al punto da giustificare l'intervento nello Stato interessato, a prescindere dalle relazioni internazionali in atto al momento dell'avvenuta catastrofe. Un ulteriore esempio della tensione tra sovranità e diritti umani che si può ricavare da questo articolo del progetto è la preferenza espressa dalla Commissione per la scelta del termine "dovere", piuttosto che "responsabilità", nel discutere il ruolo dello Stato interessato dalla catastrofe, approccio adottato al fine di evitare un'associazione con una più generica e meno impegnativa responsabilità di proteggere.

A seguito dell'esame del Progetto si può sostenere, osservando la metà vuota del bicchiere, che la Commissione di diritto internazionale ha sì toccato delicate questioni di principio ma, almeno al momento, con risultati quanto meno deludenti se considerate alla luce delle aspettative[8]. La mancanza di una chiara comprensione dell'approccio incentrato sulla tutela delle persone, unita alle resistenze interne ed esterne alla Commissione ha portato alla negazione pratica della premessa centralità dell'individuo. Le tensioni tra la protezione dei diritti delle persone colpite ed il rispetto della sovranità statale e del principio di non intervento negli affari interni - costantemente evocato durante i dibattiti plenari della Commissione - sono stati di fatto risolti a scapito dei primi. Nessun riferimento è stato fatto nel Progetto sui diritti che sono più rilevanti per le vittime di catastrofi, tanto meno per i diritti all'assistenza umanitaria. Viene invece istituito un regime di consenso qualificato che sposta il focus della normativa in questione dai diritti umani ai diritti e agli obblighi degli Stati. Inoltre, la bozza del testo non riesce neppure a concettualizzare adeguatamente il ruolo del terzo attore che presta assistenza e della comunità internazionale. Lo spettro della responsabilità di proteggere infatti ha minato i dibattiti all'interno della Commissione evitando una riflessione approfondita e calma sulle responsabilità connesse a una moderna concezione della sovranità. Già dall'architettura del testo emerge evidente il tentativo di conciliare gli interessi di tutte le parti coinvolte nelle operazioni di soccorso umanitario in caso di disastri naturali. Esso si articola infatti in due gruppi principali di norme: gli artt. 4-6, costituenti la dimensione verticale relativa ai rapporti tra gli individui colpiti dai disastri; dall'altra; gli artt. 7-17 afferenti la dimensione orizzontale relativa ai rapporti e la cooperazione tra gli Stato/i colpito/i e gli attori umanitari terzi. Le disposizioni contenute nella dimensione orizzontale costituiscono il cuore del Progetto, nonché la fonte di gran parte delle novità, positivizzando numerosi obblighi con particolare riferimento alle questioni della richiesta e dell'offerta di assistenza umanitaria e all'accesso al territorio colpito, che costituiscono le questioni senz'altro più critiche. Per quanto concerne il valore del Progetto, la Commissione ha suggerito agli Stati l'adozione di una convenzione vincolante. In questo senso alcuni Stati, pur esprimendo apprezzamento per il contenuto del Progetto, si sono fermamente opposti alla sua conversione in una Convenzione (Stati Uniti, Russia, Regno Unito, Israele, Repubblica Ceca, Vietnam, Bielorussia,

[8] F. ZORZI GIUSTINIANI - *I lavori della Commissione di diritto internazionale "Protezione delle persone in caso di catastrofi ". Una valutazione critica* in International Disaster Response Law -T.M.C. Asser Press (2012).

Malesia); altri, pur potenzialmente favorevoli all'adozione di una Convenzione hanno invece suggerito maggiore cautela, chiedendo una previa valutazione dell'impatto che il progetto riuscirà ad avere nella pratica delle relazioni tra gli Stati (Francia, Austria, Polonia, Iran, Nuova Zelanda). Il Progetto appare di notevole rilievo nella misura in cui tenta di innovare la materia, positivizzando nuovi orientamenti con l'intento di sfidare e superare il "paradigma" del consenso per l'accesso al territorio dello Stato colpito da disastro naturale, onde far prevalere esigenze di protezione dei diritti umani su quelle della sovranità dello Stato colpito. Tutto ciò, che avviene in parallelo ad altri settori del diritto internazionale (come ad esempio per la *R2P doctrine* – "*responsibility to protect"*, del diritto internazionale umanitario), porta ad una riconcentualizzazione della sovranità, come caratterizzata da un approccio "*duty-oriented*" e da un esercizio responsabile dei poteri sovrani, anche nel campo del soccorso umanitario in caso di disastri. La riconcentualizzazione avviene soprattutto grazie all'importante richiamo, compiuto mediante le disposizioni dedicate alla dimensione verticale, al diritto internazionale dei diritti umani, che penetra l'intero testo con una notevole influenza e permette di identificare dei veri e propri doveri positivi di tutela dei diritti umani in capo allo Stato colpito. E' in ogni caso indubbio che il testo, indipendentemente dall'attitudine degli Stati circa una sua potenziale conversione in Convenzione internazionale, costituirà una autorevolissima risorsa per orientare i comportamenti degli Stati e di tutti gli attori coinvolti nelle operazioni di soccorso umanitario transfrontaliero, e per modellare i futuri strumenti giuridici in ambito di *International Disaster Response Law*, per il quale è da auspicare che divenga ormai quanto prima *International Disaster Law*. Resta da vedere se nel prossimo futuro la Commissione riuscirà a proporre soluzioni adeguate ai problemi, nel duplice aspetto concreto pratico e giuridico, che si ripresentano costantemente nelle operazioni di soccorso in caso di calamità e che ne inficiano velocità ed efficienza dell'assistenza.

3. Conclusioni

La protezione delle persone dalle calamità da parte dello Stato territoriale è uno dei portati del principio internazionalistico di sovranità, e costituisce tanto una prerogativa quanto un dovere dello Stato di natura consuetudinaria. Esso è destinatario di un obbligo in forza del quale deve adottare le misure necessarie a prevenire e rispondere alle calamità, per contribuire alla realizzazione dei diritti umani delle persone coinvolte, segnatamente del diritto alla vita (c.d. *duty to protect*). In casi sempre più frequenti, però, i mezzi degli Stati si rilevano insufficienti a far fronte ai disastri occorsi sul loro territorio, per via della crescente frequenza e gravità degli eventi calamitosi. Laddove uno Stato sia incapace di gestire l'emergenza, la cooperazione internazionale è indispensabile al fine di garantire un'efficace protezione della popolazione.

Tale cooperazione, comunque, non è regolata in modo preciso dal diritto internazionale: tanto la richiesta quanto la fornitura di aiuto internazionale sembrano costituire delle scelte politiche, non soggette a stringenti vincoli giuridici.

Il diritto internazionale non pare quindi garantire una soddisfacente protezione agli individui, che potrebbero difficilmente invocare la responsabilità di soggetti internazionali che rifiutino di cooperare in caso di calamità. Non sembra poi che le persone possano essere protette neppure in modo indiretto, giacché nemmeno i soggetti internazionali potrebbero invocare la responsabilità di Stati e organizzazioni internazionali che non cooperino efficacemente. In seguito alla riforma di Lisbona e a recenti sviluppi nella prassi, il diritto dell'Unione europea potrebbe forse colmare, almeno in parte, tali lacune, seppure, beninteso, soltanto in caso di disastri occorsi sul territorio dell'Unione. Il diritto dell'UE potrebbe infatti prevedere dei precisi obblighi di cooperazione fra Stati membri, la cui violazione ingenererebbe una responsabilità invocabile direttamente dagli individui, o, quanto meno, da altri Stati membri o dalla stessa Unione. È poi possibile che l'estensione delle competenze e delle risorse dell'UE in questo ambito comporti l'attribuzione dell'obbligo di proteggere in capo alla stessa Unione, la quale sarebbe così potenzialmente responsabile nel suo ordinamento, e in quello internazionale, per un'eventuale inazione in caso di calamità. Non sembra che il diritto internazionale preveda, ad oggi, dei chiari obblighi in tal senso come non vi sono strumenti pattizi a portata

universale che prevedano questi obblighi; neppure gli strumenti bilaterali in *subiecta materia* ne prevedono usualmente. Il diritto internazionale generale non sembra essere molto più preciso, come mostrato dai lavori della Commissione di diritto internazionale sulla protezione delle persone in caso di disastro, che hanno condotto alla formulazione dei *draft articles*, approvati in seconda lettura nel 2016. È vero che il *draft article* 11 afferma che «*to the extent that a disaster manifestly exceeds its national response capacity, the affected State has the duty to seek assistance from, as appropriate, other States, the United Nations, and other potential assisting actors*». E' altrettanto vero, però, che un tale dovere non comporta l'obbligo di «richiedere» («request») o «accettare» («accept») l'aiuto internazionale, ma solo quello di «ricercarlo» («seek»). Taluni Stati si sono espressi in senso contrario persino a tale, modesto, "obbligo". La prassi sembra peraltro andare nella medesima direzione. Gli Stati colpiti da disastri sono spesso restii a richiedere assistenza dall'esterno, per evitare ingerenze politiche, o per nascondere la debolezza del Paese. Tra i casi più noti vi sono la Corea del Nord (in seguito alle carestie degli anni '90), gli Stati Uniti (uragano Katrina, 2005) e il Myanmar (ciclone Nargis, 2008). Come ha mostrato il Centro di Ricerca sulla Epidemiologia dei Disastri (CRED) dell'Università di Lovanio in Belgio, nel periodo tra il 2000 ed il 2016 si sono registrati 11.713 disastri, che hanno causato 1.4 milioni di vittime, danneggiandone 3,6 milioni, causando danni a proprietà private, abitazioni, aziende e attività economiche, nonché provocando spostamenti e migrazioni forzate da luoghi ormai inabitabili. Quanto al possibile "obbligo" di fornire assistenza a Stati in difficoltà, si può rilevare come vari Stati ne abbiano categoricamente escluso l'esistenza durante i lavori della Commissione. Gli stessi *draft articles* non prevedono alcun obbligo in merito, rilevando che, nella risposta ai disastri, Stati e organizzazioni internazionali «*may offer assistance to the affected State*». Sembra perciò potersi sostenere che le norme internazionali relative alla risposta alle catastrofi siano, ad oggi, ancora contenute dalle strette maglie dei principi di territorialità, indipendenza e, più generalmente, sovranità: gli Stati possono cooperare, ma non paiono obbligati a richiedere, accettare o a prestarsi assistenza. È quindi difficile ipotizzare una responsabilità internazionale per mancata fornitura o richiesta di aiuto internazionale in caso di calamità. Quand'anche una tale responsabilità fosse configurabile in astratto, potrebbe non avere conseguenze significative in concreto. Se uno Stato violasse l'obbligo di proteggere la sua popolazione, gli altri membri della Comunità internazionale non potrebbero comunque intervenire per proteggere le persone colpite, poiché un tale intervento violerebbe il principio di non ingerenza. Non sembra, del resto, che le dottrine del *droit d'ingérence* e della *responsibility to protect* possano essere invocate a sostegno dell'intervento internazionale. Esse non trovano un riscontro significativo nella prassi e nell'opinione degli Stati e, significativamente, i lavori che la Commissione di diritto internazionale ha dedicato al tema ne hanno escluso esplicitamente qualsiasi rilievo. Da quanto sopra esposto si evince che, nel diritto internazionale, il solo soggetto potenzialmente responsabile per la mancata fornitura di assistenza alle persone vittime di disastro resta lo Stato colpito (nei limiti delle sue capacità, per la cui implementazione dovrà comunque darsi da fare). Laddove esso si rifiuti di coinvolgere altri soggetti internazionali, o questi non provvedano a dar seguito alle sue richieste, non pare che possano integrarsi, al momento, illeciti internazionali di sorta. È però possibile che queste considerazioni, applicabili alla generalità degli Stati, non siano applicabili in toto all'interno dell'Unione europea.

In merito poi al Covid-19 non vi è alcun dubbio[9] che esso sia un problema globale che pone la tematica del Progetto in modo prepotente sullo scenario internazionale. Non per nulla l'Organizzazione mondiale della sanità lo ha definito come pandemia e in base alle sue ultime analisi la diffusione nel mondo starebbe accelerando. Fino ad oggi l'infezione si è stranamente concentrata nell'emisfero settentrionale, muovendosi dalla Cina agli Stati Uniti attraverso l'Europa, che oggi rappresenta l'area maggiormente colpita ed in difficoltà. Un giorno forse comprenderemo perché in questa ampia fascia circolare alcuni Paesi siano stati contaminati meno di altri: ad esempio la Russia e la Turchia rispetto ai membri dell'Unione europea, oppure l'Iraq con pochissimi casi rispetto al confinante Iran, alle prese con numeri crescenti di morti e contagiati. Insomma un virus

[9] G. BONVICINI "*Combattiamo un virus che non è solo un problema sanitario*" in https://www.affarinternazionali.it/2020/03/combattiamo-un-vi ... (03 Aprile 2020).

incomprensibile ma che in ogni caso punta a colpire un po' tutti. L'Oms guarda con enorme preoccupazione ad altre parti del mondo e in particolare all'Africa, all'India – che ha dichiarato il *lockdown* più grande al mondo, coinvolgendo 1,3 miliardi di persone – e all'America Latina. Dappertutto, quindi, si guarda alle misure prese dalla Cina intorno al focolaio principale di Wuhan o dall'Italia, che nell'Ue ha dovuto per prima affrontare l'invisibile nemico. Tutti i Paesi hanno quindi adottato misure di progressivo rigore, chiudendo spazi aerei, trasporti, aree e città in cui si sono manifestati i primi casi, nella speranza di evitare il collasso dei rispettivi sistemi sanitari, in genere molto meno efficienti di quelli cinesi o europei. Il guaio è che tutte queste misure vengono prese su base nazionale, guardando agli esempi di altri Paesi, ma senza una vera e propria regia internazionale. In effetti, al di là delle indicazioni piuttosto generiche dell'Oms, nessun'altra istituzione globale è in grado di offrire una regia unitaria per affrontare il contagio con regole uniformi e ciò rischia obiettivamente di fare perdere ogni controllo sulla diffusione e durata nel tempo di questa grave pandemia, ragion per cui uno strumento quale quello del Progetto necessita quanto prima di approvazione ed attuazione, così poi da poter vedere un suo miglioramento a seguito degli aggiustamenti che le *lessons learned* sul campo potranno offrire. Per di più, al di là degli effetti nefasti dell'infezione sulle popolazioni mondiali, la vera sfida che si prospetta riguarda il nostro futuro sotto due profili principali: quello economico e, in modo forse meno evidente ma con conseguenze ancora più problematiche, quello democratico.

Per quanto riguarda l'economia si è sentito ripetere da più parti che una volta superata l'emergenza sanitaria si dovranno affrontare gli effetti globali del caos economico. Non è tanto la drammatica caduta e la volatilità delle Borse mondiali a preoccupare, quanto le conseguenze sull'economia reale che stanno già oggi colpendo le imprese di ogni dimensione, le attività commerciali e più in generale i bilanci degli Stati. Il grande indebitamento che i Paesi maggiormente colpiti, come l'Italia, saranno costretti a sopportare non farà altro che indebolire la capacità di ripresa e ricostruzione di un'economia che già oggi appare come un'economia di "guerra", ben peggiore della crisi finanziaria del 2008 e di quella dei debiti sovrani del 2010. Lo stesso segretario generale dell'Ocse, Angel Gurría[10], definisce come ottimistica una crescita globale dell'1,5% e intravede invece conseguenze negative che dureranno anni, causate da una recessione che riguarderà tutte le maggiori economie mondiali. Per l'Europa preoccupano in modo particolare le prospettive economiche della Germania, le cui autorità prevedono una caduta di oltre il 20%. È quindi evidente che sarà necessario uno sforzo collettivo, europeo e mondiale, per avere qualche speranza di rapida ripresa economica: per l'Europa si è menzionato addirittura un nuovo piano Marshall.

Ma dove si troveranno risorse e volontà politiche?

E, soprattutto, come si potrà fronteggiare una crescente e prolungata disoccupazione?

Tutte domande che riportano all'altra problematica, quella relativa al futuro della democrazia nel mondo. Democrazia che già prima dello scoppio della pandemia aveva dato numerosi segnali di indebolimento a livello globale. L'ultimo rapporto "*Freedom in the World*[11]" relativo al 2018 fa un interessante confronto dello stato della democrazia fra due periodi successivi. Dal 1989 (anno della caduta del Muro di Berlino) al 2005 i Paesi "non liberi" erano diminuiti dal 37% al 23%, mentre le nuove democrazie avevano visto il balzo dal 36 al 46%. Nel successivo arco temporale, dal 2005 al 2018, l'andamento è stato opposto: i Paesi liberi sono diminuiti del 44% mentre quelli autoritari e dittatoriali sono aumentanti del 26%. Nel Gruppo dei 20 (G20) ad esempio, i Paesi sovranisti che contrastano il multilateralismo e le regole del commercio e della finanza internazionale rappresentano oggi una robusta minoranza, il cui peso economico vale tuttavia il 66,8% dell'intero gruppo e la valenza demografica il 79%. In altre parole, pur essendo numericamente inferiori, nei fatti costituiscono la schiacciante maggioranza. Fra di essi, oltre alla Cina, la Russia, la Turchia e l'Arabia Saudita, siamo oggi costretti a contare anche gli Stati Uniti, la Gran Bretagna e il Brasile.

La crescita dell'autoritarismo ha diverse ragioni, ma una prevale su tutte: la grande crisi economica e finanziaria che dal 2008 in poi ha colpito gran parte del mondo occidentale,

[10] http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/coronavirus-ocse-scenario-peggiora-occorre-piano-marshall-330399a2-c716-4834-940c-274fa7642f72.html (07 aprile 2020).

[11] https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_FITW_Report_2018_Final_SinglePage.pdf (21 maggio 2020).

espandendosi a macchia d'olio anche nelle parti più deboli dei vari continenti, dall'Africa all'America Latina. Questa crisi ha portato con sé una visibile e crescente ineguaglianza fra le classi sociali, con i ricchi a distanziare sempre di più sia le classi medie che quelle più povere. Oggi, ai tempi del coronavirus e per fronteggiare la pandemia sono state prese misure altamente restrittive sul piano delle libertà personali, da quella di movimento dei cittadini alla circolazione delle merci. Alcuni governanti nel mondo potrebbero essere tentati di cogliere al volo questa opportunità per stringere ancora di più i controlli sulla società, come sta già avvenendo in Turchia, in Russia o in Brasile. Ma perfino all'interno dell'Ue ci potrebbero essere tentazioni di questo genere e potremmo trovarci un domani a combattere un virus che non rappresenta solo un grave problema sanitario, ma una notevole sfida sul piano economico e sulla sopravvivenza dei nostri valori democratici. Dovremo tutti mobilitarci, come avviene in queste settimane sul piano sanitario, affinché il futuro del mondo non sia peggiore del presente.

Ius in bello e disciplina delle operazioni militari armate svolte all'estero dalle forze armate italiane.[1]

Ius in bello *and the discipline of armed military operations carried out abroad by the Italian armed forces*

di *Vincenzo Santoro*[2]

1. Premesse. – 2. Diritto internazionale umanitario ed operazioni militari armate in territorio estero. – 3. La disciplina nell'impianto originario dei codici penali militari italiani. – 4. La legge 31 gennaio 2002, n. 6. – 5. La legge n. 15 del 2002. – 6. La legge n. 15, di conversione del decreto legge n. 15 del 2002 – 7. Alcune difficoltà interpretative in relazione alla nuova formulazione dell'articolo 165 del codice penale militare di guerra – 8 La legge 21 luglio 2016, n. 145. (Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali) – 9. Conclusioni.

1. Premesse

Il concetto di *Ius in bello*, estraneo alle ragioni ed ai torti che sono alla base del conflitto armato, disciplina le regole e modalità di conduzione del conflitto ed ha una essenziale funzione di tutela del diritto umanitario, con l'obiettivo di contenere per quanto possibile le sofferenze ed i danni dei ogni conflitto e di provvedere alla protezione ed assistenza delle vittime ed alla tutela di luoghi e siti di particolare interesse per la memoria storica di ogni comunità.

L'essenza del corpo normativo del diritto internazionale umanitario risiede nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949[3] per la protezione, rispettivamente, dei feriti di guerra, dei naufraghi, dei prigionieri di guerra e della popolazione civile.

Lo statuto della Corte penale internazionale ha riaffermato, ampliandone la portata, i principi del diritto penale umanitario, prevedendo dettagliate ipotesi criminose e collocandole nell'ambito dei crimini di guerra di cui all'articolo 8 e dei crimini contro l'umanità di cui all'articolo 7.

Può quindi considerarsi acquisita e ed indiscussa la equipollenza, ai fini della applicazione del diritto penale umanitario, tra la guerra tradizionalmente intesa ed i conflitti armati non propriamente riconducibili a tale nozione, siano essi di carattere internazionale o meramente interni.

Di ciò vi è eloquente traccia nella previsione contenuta nel primo comma dell'articolo 165 del codice penale militare di guerra italiano, che espressamente statuisce la applicazione delle norme che prevedono i "reati contro le leggi e gli usi della guerra" ad *"ogni caso di conflitto armato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra*[4]*"*.

Il comma 2 della medesima disposizione completa lo specifico quadro normativo e fornisce la nozione di conflitto armato, definendolo come "*il conflitto in cui almeno una delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento di operazioni belliche*[5]*"*.

[1] Il presente lavoro riprende parte della relazione, con ampliamenti ed adattamenti, svolta al convegno "*Jus in Bello e Jus ad Bellum"*, tenutosi a Verona, Circolo unificato dell'Esercito, il 15 ottobre 2019.
[2] Magistrato militare, Presidente del Tribunale militare di Verona.
[3] Integrata dai due Protocolli Aggiuntivi, nel 1977, rispettivamente sui conflitti armati internazionali e non internazionali.
[4] Norma introdotta dall'articolo 2, lettera d) della legge n. 6 del 31 gennaio 2002.
[5] Previsione introdotta dall'articolo 2 delle legge n. 15 del 27 febbraio 2002.

2. Diritto internazionale umanitario ed operazioni militari armate in territorio estero

I rilievi svolti danno atto, sia pure per linee essenziali, di un dato semplice e pacifico: la maggior parte del diritto penale umanitario trova la sua fisiologica collocazione, per la intrinseca finalità che lo contraddistingue, nel diritto penale della guerra.

Con particolare riferimento all'ordinamento italiano, tale compendio normativo si rinviene nel titolo IV del codice penale militare di guerra, che contempla, come attestato dalla rubrica, i *"reati contro le leggi e gli usi della guerra"*, a loro volta descritti nelle variegate fattispecie incriminatrici previste dagli articoli da 167 a 230 del suddetto codice.

Si è già rilevata la essenziale correlazione tra diritto penale umanitario e conflitti armati di natura bellica. E si è altresì rilevato come, sull'onda del progressivo affinarsi della coscienza collettiva, tale quadro normativo è stato esteso anche ai conflitti armati interni.

Su tali premesse occorre ora soffermarci sui legami tra questa speciale branca normativa di tutela e protezione e la realtà delle operazioni militari armate svolte dai nostri militari in territorio estero, che negli ultimi tempi, in ragione della specifica finalità che viene perseguita e delle condizioni di fatto e giuridiche della realtà territoriale in cui sono destinate ad essere svolte, hanno assunto la configurazione di operazioni di *peace making, peace enforcement, peace building*.

3. La disciplina nell'impianto originario dei codici penali militari italiani

Per meglio comprendere lo stato attuale della questione è indispensabile una analisi diacronica, che parta dal momento in cui è entrato in vigore il codice penale militare di pace e di guerra, prenda in esame la disciplina predisposta per le operazioni militari all'estero ed individui le vicende normative che hanno riguardato sia l'uno che l'altro versante di specifica disciplina

In primo luogo, e con carattere di disposizione generale, viene in rilievo la norma contenuta nell'articolo 17 del codice penale militare di pace, ai sensi del quale "*la legge penale militare si applica alle persone che vi sono soggette anche per i reati commessi in territorio estero di occupazione, soggiorno e transito delle forze armate dello Stato, osservate le convenzioni e gli usi internazionali".*

Si tratta di una disposizione di principio che, pur definendo con sufficiente completezza l'oggetto che disciplina, contiene un riferimento generico alla "legge penale militare" e ne predica la applicabilità, in conformità alle convenzioni ed agli usi internazionali, ai militari italiani dislocati all'estero nel contesto di vicende di occupazione, soggiorno e transito.

In sé considerata, la norma non specifica il tipo di legge penale militare, se di pace[6] o di guerra, di cui proclama la applicabilità, pur essendo espressiva del criterio di personalità, nel senso di tradurre in specifica previsione la nota e risalente immagine del militare che si porta nello zaino la legge del paese di appartenenza.

In realtà, la previsione del citato articolo 17 del codice penale militare di pace va coordinata con quanto stabilito nell'articolo 9 del codice penale militare di guerra, ai sensi del quale *"Sono soggetti alla legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari, dal momento in cui inizia il passaggio dei confini nazionali dello Stato e, se trattasi di spedizione oltremare, dal momento in cui si inizia l'imbarco del corpo di spedizione".*

[6] Alla data di entrata in vigore dei codici penali militari (Regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303), la legge penale militare del tempo di pace comprendeva, nell'ordine, tutti i reati contemplati analiticamente nel codice penale militare di pace ed un ampio catalogo di reati comuni i quali, sulla base di variegati elementi di connessione, erano offensivi di interessi militari (articolo 264 c.p.m.g., nella sua versione originaria).
Per effetto dell'articolo 8 della legge 23 marzo 1956, n. 167, l'area dei reati militari viene a ridursi in misura davvero notevole, in quanto cessano di esservi ricompresi i reati comuni previsti nell'articolo 264 e ciò che residua coincide con i soli reati contemplati dal codice penale militare, con conseguenze pregiudizievoli in punto di coerenza e linearità del quadro normativo di residua applicabilità e vistose fratture nei suoi connotati di organicità e sistematicità.

Questa previsione non sembra dare adito a dubbi di sorta ed è chiara e perentoria nello statuire che le operazioni militari all'estero, svolte da appositi corpi di spedizione, soggiacciono al codice penale militare di guerra, il cui complessivo statuto, come è noto, contempla anche, con una aggravante per quanto concerne il trattamento sanzionatorio, tutte le norme incriminatrici che compongono il codice di pace e che non trovino una corrispondente previsione nel codice di guerra (articolo 47 c.p.m.g.).

È quindi agevole, in questo *excursus* diacronico, porre alcuni punti fermi: nel sistema originario del codice penale militare, le operazioni militari all'estero sono presidiate dalla applicazione del codice penale militare di guerra; la applicabilità di tale codice è disposta in via generale e non necessita di essere ribadita nel quadro delle leggi di autorizzazioni alle missioni all'estero; la normativa che si applica coincide, con l'integrazione del codice di pace in caso di lacune, con l'intero codice di guerra e quindi comprende, quale parte del tutto, le previsioni del titolo quarto che concernono i reati contro le leggi e gli usi di guerra, cioè il sostrato essenziale del diritto penale umanitario.

Emerge subito come tale assetto normativo sia incardinato in una logica che conosce solo la dicotomia tempo di pace e tempo di guerra e si propone di disciplinare le situazioni in cui, per la loro peculiarità, anche in tempo di pace è necessaria la applicazione della legge penale di guerra.

È proprio questa rigorosa dicotomia che spiega la applicazione dell'intero codice penale militare di guerra e nel contempo ne evidenzia la principale anomalia, sia teorica che pratica. E' infatti indubbio che tante previsione dell'indicato codice presuppongono la realtà di un vero e proprio conflitto bellico e contengono concetti e termini tipici di tale conflitto.

Sicché la loro concreta applicabilità alle operazioni militari all'estero, chiaramente statuita, è da intendere circoscritta a quelle disposizioni, e non sono poche, che possono essere applicate in tale contesto e in relazione alle quali, proprio per la clausola generale di applicabilità contenuta nel citato articolo 9, si impone l'automatismo di convertire il richiamo alla guerra in riferimento alle operazioni militari all'estero.

Tale automatismo è imposto proprio dalla norma dell'articolo 9, posto che diversamente si disapplicherebbe una fondamentale norma di disciplina e si contravverrebbe alla precisa volontà del legislatore[7].

Possiamo quindi concludere questa prima parte della analisi rilevando come, per statuto generale, le operazioni militari all'estero trovavano una compiuta regolamentazione nella architettura originaria dei codici penali militari ed in relazione ad esse, ancorché svolte in tempo di pace, si prescriveva la applicabilità del codice penale militare di guerra.

Tale disciplina, inoltre, non riguarda esclusivamente i militari italiani ma si estende, entro predeterminati limiti, anche ai "militari e a ogni altra persona appartenente alle forze armate nemiche". In particolare a tali soggetti si applicano solo le norme di cui al più volte citato diritto penale umanitario (reati contro le leggi e gli usi di guerra), *"quando alcuni di tali reati sia commesso a danno dello Stato italiano o di un cittadino italiano, ovvero di uno Stato alleato o di un suddito di questo".*

Qui preme rilevare, avendo già accennato al problema di coordinamento tra il vero e proprio conflitto bellico e le operazioni militari all'estero, come questa previsione costituisca una evidente testimonianza della differenziata posizione occupata, già all'epoca dell'entrata in vigore dei codici militari, dai reati contro le leggi e gli usi di guerra e del loro elevarsi a regole di protezione di valori universali, al punto da proclamarne la applicabilità anche nei confronti dei soggetti di altri ordinamenti.

[7] Per inciso una analoga previsione era contenuta nel successivo articolo 10 che prevedeva, con riguardo alle operazioni militari per motivi di ordine pubblico, che "la legge penale militare di guerra si applica, in tempo di pace, anche quando un reparto delle forze armate dello Stato sia impegnato in operazioni militari per motivi di ordine pubblico".

Si è detto che la previsione sulla applicabilità della legge penale di guerra alle operazioni militari[8] è una regola generale. Ciò significa che essa può ben essere derogata dal legislatore ordinario, il quale, ove lo ritenga opportuno, può stabilire la applicabilità alle operazioni militari all'estero della diversa legge penale militare di pace.

In tal caso si delinea uno scenario tanto chiaro quanto inappagante: si applicano le sole norme del codice penale di pace e nessuna norma del codice di guerra viene in rilievo. Nessuna; neanche le norme a tutela del diritto penale umanitario.

In altri termini, nell'assetto originario del codice penale militare si riscontra, proprio con specifico riguardo alle operazioni militari all'estero, una rigorosa alternativa di disciplina. Se il legislatore non dispone nulla in ordine alla normativa penale applicabile, si fa automaticamente luogo, in virtù della previsione di cui al citato articolo 9 del codice penale militare di guerra, alla integrale applicazione del predetto codice, che comprende le norme incriminatrici dei fatti contro le leggi e gli usi di guerra (diritto penale umanitario).

Se, per contro, il legislatore dispone che debba trovare applicazione il codice penale militare di pace, tutte le norme che compongono il codice penale militare di guerra, comprese quelle che compongono il diritto umanitario, non trovano applicazione e l'intera disciplina penale è affidata alle sole norme che compongono il codice penale militare di pace.

4. La legge 31 gennaio 2002, n. 6

La situazione descritta nel paragrafo precedente, fondata sulla dicotomia codice di guerra e codice di pace, è perdurata sino alla entrata in vigore della legge n. 6 del 31 gennaio 2002.

Con tale legge, ed esattamente con l'articolo 2, lettera d), è stato in primo luogo modificato il più volte menzionato articolo 9 del codice di guerra, il cui contenuto, sotto la inalterata rubrica "Corpi di spedizione all'estero" è divenuto il seguente: *Sino all'entrata in vigore di una nuova legge organica sulla materia penale militare, sono soggetti alla legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate, dal momento in cui si inizia*

[8] Tra le operazioni militari all'estero vanno menzionate, a titolo puramente indicativo, le seguenti:
Eritrea, (1947-1952) Distaccamento della Guardia di Finanza per controllo economico e fiscale;
Somalia (Nazioni Unite Nazioni Unite), (1950-1960) Mandato fiduciario ONU AFIS (Amministrazione fiduciaria italiana della Somalia);
Corea del Sud, (1951-1954) Invio Corpo Militare della Croce Rossa Italiana con ospedale da campo;
Egitto (Nazioni Unite Nazioni Unite), Missione UNEF 1;
Siria Israele Libano, Egitto E (Nazioni Unite Nazioni Unite) (1958 - 2006) Missione UNTSO;
Laos (Nazioni Unite Nazioni Unite), (1959) Missione UNTSO-OGL;
RD del Congo (Nazioni Unite Nazioni Unite), (1959-1964) Missione umanitaria ONUC;
Libano (1982-1984) Missione Italcon di UNIFIL;
Somalia, (1983-1990) Missione DIATM - (1992-1995) Missione UNOSOM (Nazioni Unite Nazioni Unite) - Missione Ibis I;
Iraq I, (1991) NATO NATO Guerra del Golfo;
Ruanda, Operazione Ippocampo, (1994)[2][3][4][5];
Albania, Missione FMP Operazione Alba (1997);
Timor Est, (1999-2000) (Nazioni Unite Nazioni Unite) Missione UNAMET;
Macedonia del Nord Operazione Amber Fox[5];
Bosnia ed Erzegovina, Missione SFOR/MSU;
Iraq , Operazione Antica Babilonia (2003-2006);
Cipro, (2005-in corso) Missione Unficyp;
Libano, (2006-in corso) Operazione Leonte;
Kosovo, Missione KFOR (1999-in corso);
Afghanistan n Missione ISAF (2001 - 2014);
Somalia European Union Training Mission (2010);
Libia Operazione Odyssey Dawn (2011);
Afghanistan Missione Sostegno Risoluto (2015-in corso);
Libia Missione bilaterale di assistenza e supporto in Libia -MIASIT (2018-in corso).

il passaggio di confini dello Stato o dal momento dell'imbarco in nave o aeromobile ovvero, per gli equipaggi di questi, dal momento in cui è ad essi comunicata la destinazione alla spedizione.

Limitatamente ai fatti connessi con le operazioni all'estero di cui al primo comma, la legge penale militare di guerra si applica anche al personale militare di comando e controllo e di supporto del corpo di spedizione che resta nel territorio nazionale o che si trova nel territorio di altri paesi, dal momento in cui è ad esso comunicata l'assegnazione a dette funzioni, per i fatti commessi a causa o in occasione del servizio.

Contestualmente, e ad opera della medesima legge[9], si è modificata una ulteriore norma del codice penale militare di guerra, che ha assunto un contenuto che è strettamente raccordato al nuovo articolo 9 e che si rivela di essenziale importanza ai fini della disciplina delle operazioni militari all'estero.

Si tratta della norma contenuta nell'articolo 165 del codice penale militare di guerra, che, posta all'inizio di quelle particolari fattispecie incriminatrici che tutelano il diritto umanitario, nella nuova formulazione dispone quanto segue: *Le disposizioni del presente titolo si applicano in ogni caso di conflitto armato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra.*

Importante sottolineare che le due norme sopra indicate sono contenute, come autonome previsioni, nella legge di conversione del decreto legge n 421 del 2001, di cui costituiscono gli articoli 2 e 3, mentre l'articolo 1 della predetta legge si occupa della specifica conversione in legge, con lievi modifiche, del decreto legge sopra citato, nel cui articolo 8 si statuisce che "*Al corpo di spedizione italiano che partecipa alla campagna per il ripristino ed il mantenimento della legalità internazionale, denominata "Enduring Freedom", di cui all'articolo 1, comma 1, si applica il codice penale militare di guerra, approvato con regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303, salvo quanto previsto dall'articolo 9.*"[10].

---

[9]Articolo 2, lettera d) della legge 31 gennaio 2002, n. 6.

[10] L'articolo 8 esclude la applicabilità del norme processuali del codice penale militare di guerra e contiene ulteriori previsioni specifiche di natura processuale. Di seguito il testo del predetto articolo:

Art. 9. Disposizioni processuali:

1. Non si applicano le disposizioni contenute nel Libro IV del codice penale militare di guerra sulla procedura penale militare di guerra, approvato con regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303.

2. Non si applicano le disposizioni concernenti l'ordinamento giudiziario militare di guerra, contenute nella Parte II dell'Ordinamento giudiziario militare, approvato con regio decreto 9 settembre 1941, n. 1022, e successive modificazioni.

3. La competenza territoriale è del tribunale militare di Roma.

4. Oltre che nei casi previsti dall'articolo 380, comma 1, del codice di procedura penale gli ufficiali di polizia giudiziaria militare procedono all'arresto di chiunque è colto in flagranza di uno dei seguenti reati militari:

a) disobbedienza aggravata previsto dall'articolo 173, secondo comma, del codice penale militare di pace;

b) rivolta, previsto dall'articolo 174 del codice penale militare di pace;

c) ammutinamento, previsto dall'articolo 175 del codice penale militare di pace;

d) insubordinazione con violenza, previsto dall'articolo 186 del codice penale militare di pace, e violenza contro un inferiore aggravata, previsto dall'articolo 195, secondo comma, del medesimo codice;

e) abbandono di posto o violata consegna da parte di militari di sentinella, vedetta o scolta, previsto dall'articolo 124 del codice penale militare di guerra;

f) forzata consegna aggravata, previsto dall'articolo 138, commi secondo e terzo, del codice penale militare di guerra.

5. Nei casi di arresto in flagranza o fermo, qualora le esigenze belliche od operative non consentano che l'arrestato sia posto tempestivamente a disposizione dell'autorità giudiziaria militare, l'arresto mantiene comunque la sua efficacia purché' il relativo verbale pervenga, anche con mezzi telematici, entro quarantotto ore al pubblico ministero e l'udienza di convalida si svolga, con la partecipazione necessaria del difensore, nelle successive quarantotto ore. In tale caso gli avvisi al difensore dell'arrestato o del fermato sono effettuati da parte del pubblico ministero. In tale ipotesi e fatto salvo il caso in cui le oggettive circostanze belliche od operative non lo consentano, si procede all'interrogatorio da parte del pubblico ministero, ai sensi dell'articolo 388 del codice di procedura penale, e all'udienza di convalida davanti al giudice per le indagini preliminari, ai sensi dell'articolo 391 del codice di procedura penale, a distanza mediante un collegamento videotelematico od audiovisivo, realizzabile anche con postazioni provvisorie, tra l'ufficio del pubblico ministero ovvero l'aula ove si svolge l'udienza di convalida e il luogo della temporanea custodia, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto viene detto e senza aggravio di spese processuali per la copia degli atti. Il difensore o il suo sostituto e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei. Un ufficiale di polizia giudiziaria è presente nel luogo

Ed è altresì importante sottolineare che sempre con la legge di conversione si prevede anche una modifica all'articolo 47 del codice penale militare di guerra, espressamente ampliandosi le nozione di reato militare rilevante nel contesto di tale codice e ricomprendendovi una ampia categoria di reati comuni, che, con tecnica simile a quella che connotava l'impianto originario del codice penale militare di pace, vengono trasformati in altrettanti reati militari[11].

Cerchiamo di comprendere a fondo il puntuale significato delle previsioni contenute nella legge di conversione e degli specifici rapporti che si delineano tra tali autonome previsioni e quelle contenute nel decreto legge oggetto di conversione.

In tale prospettiva occorre muovere da un dato incontrovertibile e rilevare che il decreto legge n. 421 del 2001 si occupa specificamente di disporre la applicazione del codice penale militare di guerra "al corpo di spedizione italiano che partecipa alla campagna per il ripristino ed il mantenimento della legalità internazionale, denominata *"Enduring Freedom".*

In quel preciso contesto storico, quindi, ed a fronte di molteplici missioni internazionali in cui erano impegnati i nostri soldati, il legislatore decide che per la missione "*Enduring Freedom"* è da applicarsi il codice penale militare di guerra[12].

Il che ha il senso di dire che in quel preciso contesto storico il dispiegamento dei militari nel contesto delle molteplici operazioni militari all'estero è presidiato, per precisa scelta legislativa, da

---

in cui si trova la persona arrestata o fermata, ne attesta l'identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti e redige verbale delle operazioni svolte. Senza pregiudizio per la tempestività dell'interrogatorio, l'imputato ha altresì diritto di essere assistito, nel luogo dove si trova, da un altro difensore di fiducia ovvero da un ufficiale presente nel luogo. Senza pregiudizio per i provvedimenti conseguenti all'interrogatorio medesimo, dopo il rientro nel territorio nazionale, l'imputato ha diritto ad essere ulteriormente interrogato nelle forme ordinarie.

6. Con le stesse modalità di cui al comma 5 si procede all'interrogatorio della persona sottoposta alla misura coercitiva della custodia cautelare in carcere, quando questa non possa essere condotta, nei termini previsti dall'articolo 294 del codice di procedura penale, in un carcere giudiziario militare per rimanervi a disposizione dell'autorità giudiziaria militare.

[11] In particolare, nel comma 2, lettera c) della legge di conversione n. 6 del 2002, si prevede quanto segue: *"Costituisce altresì reato militare ai fini del presente codice, ogni altra violazione della legge penale commessa dall'appartenente alle Forze armate con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti allo stato di militare, o in luogo militare, e prevista come delitto contro:*

1) la personalità dello Stato;
2) la pubblica amministrazione;
3) l'amministrazione della giustizia;
4) l'ordine pubblico;
5) l'incolumità pubblica;
6) la fede pubblica;
7) la moralità pubblica e il buon costume;
8) la persona;
9) il patrimonio.

Costituisce inoltre reato militare ogni altra violazione della legge penale commessa dall'appartenente alle Forze armate in luogo militare o a causa del servizio militare, in offesa del servizio militare o dell'amministrazione militare o di altro militare o di appartenente alla popolazione civile che si trova nei territori di operazioni all'estero.

Costituisce infine reato militare ogni altra violazione della legge penale prevista quale delitto in materia di controllo delle armi, munizioni ed esplosivi e di produzione, uso e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, commessa dall'appartenente alle Forze armate in luogo militare".

[12] Nei lavori preparatori (atto camera 2251, resoconto di giovedì 24 gennaio 2002, intervento dell'onorevole Pecorella, si legge: "L'applicazione della legge penale militare di guerra ai partecipanti alla spedizione è rispondente alla condizione propria della presente missione - che ha le caratteristiche di un conflitto armato -e alla circostanza che nel diritto e nella pratica internazionale al concetto di guerra si vada ormai da tempo sostituendo quello di conflitto armato e alla indicazione della Costituzione, secondo cui - in base alla terminologia in uso all'epoca della sua stesura - un'apposita legge regola la giurisdizione militare in tempo di guerra (articolo 103, ultimo comma)». Si aggiunge che la scelta di applicare il codice penale militare di guerra non solo consente una particolare tutela penale dell'interesse militare, ma garantisce anche una maggiore tutela delle popolazioni civili, degli infermi, dei feriti, dei naufraghi, del personale sanitario e dei prigionieri di guerra, vale a dire dei soggetti deboli, indifesi o particolarmente esposti alla sofferenza in siffatte situazioni, i cui interessi sono tenuti in considerazione proprio dal codice penale militare di guerra.

un duplice statuto penale: per la missione "*Enduring Freedom*" si applica il codice penale militare di guerra[13]; per le altre missioni in corso si applicava e continua ad applicarsi il codice penale militare di pace.

Nel contempo, e per il tramite della legge di conversione del decreto legge, il legislatore interviene sul codice penale militare di guerra[14], cioè sul compendio normativo di cui ha prescritto la applicazione alla missione "*Enduring Freedom*", e ne modifica lo spettro di efficacia, ampliando i reati militari in esso contemplati e modificandone l'articolo 9, cioè la specifica norma che prevede(va) la applicazione della legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, ai *"corpi di spedizione all'estero per operazioni militari".*

La modifica apportata all'articolo 9 in realtà si risolve in due importanti previsioni: la prima (nuovo primo comma articolo 9), nel confermare la applicabilità della legge penale militare ai corpi di spedizione all'estero in tempo di guerra, statuisce che tale applicabilità perdurerà *"sino alla entrata in vigore di una nuova legge organica sulla materia penale militare";* la seconda, anche essa innovativa, prevede che la legge penale militare si applichi *"anche al personale militare di comando e controllo e di supporto del corpo di spedizione che resta nel territorio nazionale o che si trova nel*

---

[13] Nei lavori preparatori (atto camera 2251, resoconto di giovedì 24 gennaio 2002, l'onorevole Tucci, relatore per la IV commissione, sottolinea che *"un elemento di grande novità del decreto-legge è costituito dall'applicazione delle norme del codice penale militare di guerra che per la prima volta viene esplicitamente disposta."*
In particolare si specifica come "*L'articolo 8 stabilisce che al personale impiegato nella missione sia applicato il codice penale di guerra, secondo quanto previsto dall'articolo 9 con l'eccezione delle norme contenute dal libro IV, che disciplina il processo penale militare di guerra. Stabilisce inoltre quale foro competente quello del tribunale militare di Roma.".*
Inoltre si afferma come l'applicabilità di tale codice sia "*opportuna sia per tutelare i militari italiani impegnati nelle operazioni che per garantire gli abitanti dei territori investiti dall'azione militare italiana da eventuali abusi compiuti dagli uomini delle Forze armate.*
Com'è noto il codice penale militare di guerra, incorpora anche il diritto umanitario bellico e quindi autorizza la rapida repressione e punizione dei reati compiuti dai militari contro le popolazioni civili. Il caso somalo ha, infatti, reso evidente le lacune del codice penale militare del tempo di pace, tanto che per alcuni uomini del contingente italiano impegnato in Restore Hope responsabili di abusi e comportamenti inumani nei confronti di alcuni prigionieri non fu agevole individuare lo strumento penale idoneo a sanzionarli.
Nelle precedenti missioni militari internazionali delle Forze armate italiane si era deciso di sospendere l'applicazione del codice penale militare di guerra nell'intento di proteggere i nostri militari dal maggior rigore dello stesso rispetto al codice penale militare del tempo di pace, soprattutto in considerazione del fatto che originariamente la legge di guerra contemplasse l'istituto della pena di morte. Tale sanzione con la legge 589 del 13 ottobre 1994 è stata completamente eliminata dall'ordinamento giuridico italiano e quindi anche dal codice penale militare di guerra.
Per garantire in modo adeguato i diritti della difesa, si è deciso di non applicare alle operazioni in corso l'intero libro IV della legge penale di guerra, sottraendo così ai comandanti sul campo il potere di giudicare direttamente i loro sottoposti e rimettendo questa facoltà al tribunale militare di Roma".

[14] Nell'intervento dell'onorevole Pecorella, di cui al già citato resoconto dei lavori preparatori, si legge: *"Alle disposizioni relative alla missione militare Enduring Freedom, che sono l'oggetto proprio del decreto-legge, il Senato ha aggiunto, inserendole nel testo del disegno di legge di conversione, una serie di disposizioni dirette a modificare il codice penale militare di guerra, che erano originariamente contenute in un (atto Senato 915) presentato al Senato contestualmente al disegno di legge di conversione del decreto-legge (atto Senato 914). La scelta operata dal Senato di accorpare il contenuto dei due provvedimenti è sicuramente condivisibile, in quanto tra questi vi è una rilevante connessione, derivante dalla circostanza che il decreto-legge prevede espressamente per i partecipanti all'operazione Enduring Freedom l'applicazione del codice penale militare di guerra, al quale il disegno di legge apporta alcune modifiche. Il decreto-legge ed il disegno di legge (atto Senato 915) si ispirano alla medesima ratio secondo cui le disposizioni dell'ordinamento penale militare debbono essere adeguate tanto ai principi costituzionali, che si sono affermati solo dopo l'approvazione dei codici penali di guerra (sostanziale e procedurale), quanto al nuovo assetto dello strumento militare e degli stessi conflitti armati. Nel decreto-legge, infatti, da un lato, si prevede l'applicazione della legge penale militare di guerra al personale militare dell'operazione Enduring Freedom, dall'altro è stabilita la non applicazione a detto personale delle disposizioni di procedura penale militare di guerra e quelle concernenti il relativo ordinamento giudiziario, in quanto entrambi non sono considerate in linea con i principi costituzionali. Il disegno di legge (atto Senato 915), apporta alcune modifiche al codice penale militare di guerra, che si ispirano sempre all'esigenza di assicurare costituzionalità all'ordinamento penale militare. Il Senato, unificando i due provvedimenti, ha evitato qualsiasi rischio circa la mancata applicazione delle nuove norme del codice penale militare di guerra al personale della operazione Enduring Freedom.*

territorio di altri paesi, dal momento in cui è ad esso comunicata l'assegnazione a dette funzioni, per i fatti commessi a causa o in occasione del servizio".

Nel suo complessivo significato, quindi, la legge di conversione del decreto legge n. 451 del 2001, opera su più fronti: in primo luogo stabilisce la applicazione del codice penale militare di guerra alla missione "*Enduring Freedom*"; in secondo luogo inserisce alcune modifiche nel tessuto del codice penale militare di guerra, nell'immediato intento di rendere tali modifiche, in quanto parti costitutive del suddetto codice, applicabili alla sopra indicata operazione militare.

In altri termini, fermo restando la applicabilità del codice penale militare di guerra alla sola operazione *"Enduring Freedom*", l'intervento legislativo in esame, con le previsioni degli articoli 2 e 3 della legge di conversione, è andato oltre la specifica realtà di tale missione ed ha ridisegnato lo statuto penale che, in linea generale, si applica alle operazioni militari all'estero, ampliandone il raggio di azione e comprendendo tra i destinatari il "personale militare di comando e controllo e di supporto del corpo di spedizione che resta nel territorio nazionale o che si trova nel territorio di altri paesi[15]".

Infine, tra le innovazioni ascrivibili alla legge di conversione e non facenti parti del contenuto del decreto legge, figura (lettera d dell'articolo 2 della legge di conversione) la nuova formulazione dell'articolo 165 del codice penale militare di guerra, che nella originaria formulazione prevedeva che taluni reati gravi commessi dai cittadini italiani contro lo Stato nemico o i suoi cittadini fossero punibili in seguito a disposizione del comandante supremo e solo se lo Stato nemico garantisse parità di tutela penale allo Stato italiano e ai suoi cittadini.

Con la legge di conversione si è preso atto sia della incompatibilità di tale norma con la Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 e il I Protocollo aggiuntivo dell'8 giugno 1977 sia della tendenza generale del diritto e della pratica internazionale a sostituire la nozione di guerra con quella di conflitto armato[16].

Di conseguenza la previsione dell'articolo 165 del codice di guerra si è risolta nella statuizione che le disposizioni del titolo quarto del codice penale militare *"si applicano in ogni caso di conflitto armato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra".*

In sé considerata la nuova previsione normativa, salvo quanto si dirà in seguito, non è ben chiara. Cioè, per essere più precisi, è chiara nella parte in cui abroga la vecchia norma sulla condizione di reciprocità. Ed è evidente che per realizzare tale obiettivo, bastava abrogare l'intero articolo 165.

Essa è meno chiara, per contro, nella parte in cui introduce la nozione di conflitto armato e lo eleva a presupposto della applicazione di alcune norme del codice penale di guerra *"indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra".*

L'interrogativo che diviene ineludibile è infatti il seguente: quale è lo scenario che il legislatore ha in mente nel momento in cui, ipotizzando un conflitto armato "*indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra"*, prescrive la applicabilità solo di una parte del codice penale militare di guerra? E cioè delle sole disposizioni "contro le leggi e gli usi della guerra" di cui al titolo quarto di tale codice?

Ciò per la determinante ragione che in quel preciso momento storico vi erano solo due quadri normativi di riferimento: o il codice penale militare di guerra e quindi anche il titolo quarto di detto codice; oppure quello di pace, che non aveva alcun rapporto organico con il titolo quarto del codice di guerra.

Avrà per caso il legislatore inteso statuire che una parte del codice di guerra, ed esattamente quella parte che contiene il diritto umanitario, si applichi anche nelle evenienze in cui non si applica

[15] Sempre nel citato intervento del senatore Pecorella si legge "*In primo luogo, è adeguata la disposizione dell'articolo 9 del codice penale militare di guerra all'attuale assetto delle Forze armate, nella considerazione che, diversamente da quanto avveniva in passato, grazie agli attuali strumenti di comunicazione, le operazioni militari possono essere immediatamente dirette dal territorio nazionale fin nei dettagli e prendendo, altresì, atto che, per ragioni non dissimili, nella spedizione è coinvolto anche il personale che, permanendo nel territorio nazionale, collabora alla stessa per attività di supporto o logistiche."*

[16] In tal senso si esprime il senatore Pecorella nell'intervento di cui alle note precedenti.

il codice di guerra? E quale sarebbe questa realtà dei "conflitti armati" disgiunta dalla dichiarazione di guerra? Quella delle zone in cui si attuano gli interventi militari del personale militare italiano? E come si raccorda tale opzione con quanto statuito, con la stessa legge, nell'articolo 9 del codice penale di guerra, che prevede che a tali realtà si applichi l'intero codice di guerra?

Doveva forse tale previsione trovare posto, anziché sotto l'articolo 165, sotto l'articolo 3 del codice penale militare di guerra? Cioè sotto la previsione che statuisce che il predetto codice si applica *"dal momento della dichiarazione dello stato di guerra e fino alla sua cessazione".*

In tale contesto normativo, la previsione avrebbe avuto il senso di legittimare la applicazione di detto codice anche ai conflitti armati non preceduti da dichiarazione dello stato di guerra.

Però rimane l'inghippo della previsione di applicabilità del solo titolo quarto del predetto codice di guerra. E quindi?

A mio giudizio la norma dell'articolo 165, introdotta con la legge di conversione n. 6 del 2002, è "un embrione" di innovativa disciplina, rimasto sospeso a mezz'aria e, per tale ragione e salvo quanto si dirà in seguito, privo di adeguato terreno di incidenza.

5. La legge n. 15 del 2002

Per comprendere se ed in che modo tale "embrione" si sia sviluppato occorre attendere la successiva legge n. 15 del 2002, di conversione del decreto legge n. 451 del 2001, recante "Disposizioni urgenti per la proroga della partecipazione italiana ad operazioni militari internazionali"[17].

Nell'articolo 6 di tale decreto legge si ribadisce il peculiare statuto penale da applicarsi a tutte le missioni da esso contemplate e si prevede in primo luogo che *"al personale impiegato nelle operazioni di cui all'articolo 1, commi 1 e 2, si applica il codice penale militare di pace";* indi si aggiunge che *"al personale impiegato nell'operazione di cui all'articolo 1, comma 3, si applica il codice penale militare di guerra, salvo quanto previsto dall'articolo 9 del decreto-legge 1 dicembre 2001, n. 421.*

Si tratta, quindi, di un intervento legislativo che ripropone la differenziata disciplina già in essere al momento della entrata in vigore del pregresso decreto 421 del 2001, che riguardava solo la operazione "*Enduring Freedom*": per quest'ultima si applica il codice penale militare di guerra; per tutte le altre si applica il codice penale militare di pace.

Fin qui parrebbe che non vi siano significative innovazioni. Nulla di nuovo e permanenti incertezze in ordine al significato della nuova previsione di cui all'articolo 165 del codice penale militare di guerra.

Tale norma, infatti, è inutile in relazione alla missione "*Enduring Freedom*", perché presidiata dall'intero codice penale militare di guerra e quindi anche dalle norme di cui al titolo quarto del predetto codice; del pari essa è inapplicabile in relazione alle altre missioni, presidiate dal codice militare di pace e quindi da un dispositivo in cui non è compreso il titolo quarto del codice penale di guerra.

6. La legge n. 15, di conversione del decreto legge n. 15 del 2002

Il punto di svolta si realizza con la legge di conversione del predetto decreto (legge n. 15 del 2002). L'articolo 2 di tale legge interviene sull'articolo 165 del codice penale militare di guerra e prevede l'aggiunta di due nuove previsioni normative.

[17] L'articolo 1 di tale decreto legge statuisce la sua applicabilità alle: operazioni in Macedonia, in Albania, nei territori della ex Jugoslavia, in Kosovo, a Hebron, in Etiopia ed Eritrea (comma 1); missione internazionale di pace in Macedonia (comma 2): all'operazione multinazionale denominata "*Enduring Freedom*" (comma 3).

In particolare si prevede: all'articolo 165 del codice penale militare di guerra, come sostituito dall'articolo 2, comma 1, lettera d), della legge 31 gennaio 2002, n. 6, sono aggiunti, in fine, i seguenti commi:

"Ai fini della legge penale militare di guerra, per conflitto armato si intende il conflitto in cui una almeno delle parti fa uso militarmente organizzato e prolungato delle armi nei confronti di un'altra per lo svolgimento di operazioni belliche.

In attesa dell'emanazione di una normativa che disciplini organicamente la materia, le disposizioni del presente titolo si applicano alle operazioni militari armate svolte all'estero dalle forze armate italiane"[18].

Di essenziale importanza si rivela la previsione di cui all'ultimo comma del riformulato articolo 165, la quale è espressamente calibrata sulle "operazioni armate svolte all'estero dalle forze armate italiane".

A nostro avviso questa norma, in qualche modo sviluppando e dando senso al comma iniziale dell'articolo 165, si stacca decisamente dal contesto del codice penale militare di guerra, prende in considerazione le sole norme incriminatrici contro le leggi e gli usi di guerra (diritto penale umanitario)[19] e ne dispone la applicabilità alle operazioni militari svolte all'estero[20].

Questa norma viene in essere, cioè inizia la sua esistenza, in un periodo in cui le nostre forze armata sono impegnate in numerosi scenari internazionali, nel contesto di operazioni di *peace making, peace enforcement, peace building, e*cc.

Questo scenario, riproposto nella stessa legge n. 15 del 2002, registra la applicazione dei due distinti codici: nella maggioranza dei casi si prevede espressamente la applicazione del codice di pace,

---

[18] Nell'articolo 3 di tale legge si prevede inoltre che "All'articolo 185-bis del codice penale militare di guerra, introdotto dall'articolo 2, comma 1, lettera g), della legge 31 gennaio 2002, n. 6, le parole: "da uno" sono sostituite dalle seguenti: "da due".

[19] Cioè quelle contenute negli articoli da 166 a 230 del codice penale militare di guerra e che costituiscono il cd. Ius in Bello.

[20] Non vi è dubbio che la norma imponga di definire quali siano le "operazioni militari svolte all'estero" e potrà anche darsi che talvolta la specifica normativa di regolamentazione della missione possa presentare elementi di dubbi e perplessità. Pur con tale precisazione, non si ritiene di condividere quanto recentemente espresso, con riguardo alla vicenda della nave Enrica Lexie, da Roberta Barberini, *La decisione del tribunale arbitrale che ha riconosciuto l'immunità ai due marines non può, propriamente, considerarsi una vittoria della parte italiana e presta, inoltre, il fianco a critiche, come osservato dal giudice dissenziente,* in Questione Giustizia (https://www.questionegiustizia.it/articolo/maro-il-capitolo-conclusivo-sul-caso-della-enrica-lexie), secondo cui l'attività svolta a tutela delle imbarcazioni commerciali costituiva una *"missione compiuta nel quadro della CSDP dell'Unione (Common Security and Defence Policy), e precisamente una missione EUNAVFOR Somalia. I militari italiani erano un VPD (Vessel Protection Detachement) team. Non era, pacificamente, una missione militare."*. Ciò in quanto, si sostiene, *"un militare esercita le proprie funzioni solo nel corso di un conflitto armato e, inoltre, solo quando compie atti tipici del combattimento".*

E' da rilevare al riguardo, oltre alla pacifica qualifica nei termini di missioni militari di tutte quelle riconducibili al concetto di *Peace keeping* che i fucilieri si trovavano a bordo dell'Enrica Lexie assieme ad altri quattro marò in virtù del decreto-legge 12.7.2011, n. 1071 (convertito con modificazioni con la legge 2.8.2011, n. 1302). La specifica previsione concernente l'attività del presidio di tutela delle imbarcazioni si trova all'interno del capo II dell'indicato decreto legge reca il titolo di "Missioni internazionali delle forze armata e di polizia" e trova la collocazione nell'articolo 5, ove si legge che "*Il Ministero della difesa, nell'ambito delle attività internazionali di contrasto alla pirateria al fine di garantire la libertà di navigazione del naviglio commerciale nazionale, può stipulare con l'armatoria privata italiana e con altri soggetti dotati di specifico potere di rappresentanza della citata categoria convenzioni per la protezione delle navi battenti bandiera italiana in transito negli spazi marittimi internazionali a rischio di pirateria individuati con decreto del Ministro della difesa, sentiti il Ministro degli affari esteri e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, tenuto conto dei rapporti periodici dell'International Maritime Organization(IMO), mediante l'imbarco, a richiesta e con oneri a carico degli armatori, di Nuclei militari di protezione (NMP) della Marina, che può avvalersi anche di personale delle altre Forze Armate, e del relativo armamento previsto per l'espletamento del servizio. 2. Il personale militare componente i nuclei di cui al comma 1 'opera in conformità alle direttive e alle regole di ingaggio emanate dal Ministero della difesa.".* Ci sembra, quindi, che sia davvero innegabile la qualifica di missione militare della attività di cui sopra e che tale qualifica non venga meno in virtù degli speciali accordi intercorsi con gli armatori per quanto concerne i costi correlati a tale attività, il cui intrinseco contenuto è puntualmente riconducibile al contrasto alla pirateria e la cui finalità è quella di garantire il valore universale della libertà di navigazione.

per espressa previsione della legge che ha autorizzato la specifica missione ed in deroga a quanto previsto dalla normativa prevista dal codice penale militare, che, come abbiamo visto, prevede per tali ipotesi, come regola generale, la applicazione del codice penale militare di guerra.

Solo con riguardo ad una missione, ed esattamente la *Enduring freedom*, si è prevista la applicazione del codice penale militare di guerra (art. 3 della I. n. 6 n. 2002; articolo 6 decreto legge n. 451 del 2001, convertito dalla legge n. 15 del 2002).

In tale contesto normativo si impone la stessa conclusione già evidenziata in precedenza quanto ai puntuali rapporti tra il nuovo terzo comma dell'articolo 165 e lo statuto normativo che si applica alla missione *Enduring Freedom*: e cioè che la previsione è inutile, perché le norme di cui proclama la applicazione erano già parte integrante della normativa ad essa applicabile, che coincide con l'intero codice penale di guerra.

Posto, infatti, che le norme del diritto penale umanitario fanno parte del codice militare di guerra, perché sono parte integrante di quel codice, è indubbio che nel momento stesso in cui si dichiara applicabile tale codice troveranno automaticamente applicazione tutte le norme che lo compongono.

Quindi, nell'ambito delle operazione *Enduring freedom* lo *Ius in bello* era puntualmente applicato, perché ad essa si applicava il codice di guerra e le norme che contengono lo Ius in bello sono parte costitutiva del codice di guerra.

La suddetta previsione del comma finale dell'articolo 165, per contro, è di fondamentale rilevanza per quanto concerne tutte le operazioni militari presidiate dal codice penale militare di pace.

Con il predetto ultimo comma, in particolare, il legislatore ha espressamente stabilito che tutte le norme del codice penale umanitario, contenute nel codice di guerra, si applichino, sino alla "*emanazione di una disciplina organica*, "alle operazioni militari svolte all'estero dalle forze armate italiane". [21]

Per il tramite di questa previsione normativa, quindi, il nostro legislatore ha inteso presidiare ogni operazione militare all'estero con la applicazione di quelle disposizioni che tutelano il diritto umanitario: cioè garantire l'attuazione dello *Ius in Bello*.

Tale previsione ha senso, si ribadisce, solo rispetto alle operazioni militari armate presidiate dal codice di pace, perché quelle per le quali è prevista la applicazione dell'intero codice penale militare di guerra inevitabilmente registreranno la applicazione delle norme del diritto penale umanitario, che di quel codice fanno parte integrante.

7. Alcune difficoltà interpretative in relazione alla nuova formulazione dell'articolo 165 del codice penale militare di guerra

Ciò premesso, è doveroso soffermarsi su alcune prospettabili difficoltà. Ciò per la determinante ragione che il legislatore, nel momento in cui ha proclamato la applicazione delle norme del diritto umanitario (reati contro le leggi e gli usi della guerra) ad ogni operazione militare all'estero ha fatto qualcosa di meritorio ma di incompleto.

In particolare non si è preoccupato di adattare le norme di cui ha proclamato la applicabilità agli specifici contesti delle operazioni all'estero e le ha lasciate del tutto inalterate nella loro originaria formulazione, incurante del fatto che erano state pensate e scritte per il tempo di guerra e con un lessico e concetti coessenziali a tale contesto. Il che significa che le norme da applicare risultano, in buona parte, quelle originarie, che, in quanto contenute nel codice di guerra, contengono le espressioni "guerra" e "nemico"[22].

[21] Da rilevare, si ribadisce, come tali norme incriminatrici, proprio per la portata universale dei valori che si propongono di tutelare, si applichino non soltanto ai fatti commessi da militari italiani, ma anche a quelli commessi dai militari e da ogni altra persona appartenente alle forze armate nemiche, quando il reato sia commesso «a danno dello Stato italiano o di un cittadino italiano, ovvero di uno Stato alleato o di un suddito di questo» (art. 13 ed articolo 15, comma 2 cpmg).

[22] Il legislatore avrebbe dovuto varare una disposizione di adattamento, sul tipo di quella che ha realizzato con l'articolo 349 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza i attuazione della legge

Allo stesso tempo, è innegabile che i fatti di cui al Titolo IV possano essere realizzati, nella loro nuda materialità (a prescindere cioè dalla qualità di chi li commetta), contro lo Stato o cittadini italiani e contro tutti coloro che si trovino nel territorio di missione, che di certo comprendono sia la popolazione del tutto estranea alle dinamiche conflittuali che il personale e i mezzi di soccorso ed assistenza.

A questo punto si sono delineate due prospettive interpretative.

Per il primo orientamento, tali norme sono applicabili alle missioni internazionali, in quanto occorre solo, con operazione automatica, convertire le espressioni "guerra" e "nemico" nelle formule coessenziali alle operazioni militari e quindi prendere atto che al posto di "guerra" subentra il concetto "operazioni militari all'estero" ed al posto di "nemico" subentra quello di "soggetto ostile".

Tale ipotesi ricostruttiva, a ben vedere, altro non è che una replica di quella che si imponeva con riguardo alla originaria previsione dell'articolo 9 del codice penale militare di guerra, che, rendendo applicabile l'intero predetto codice alle operazioni militari all'estero, ineludibilmente imponeva di fare i conti con l'adattamento del lessico coessenziale alla dinamica dei conflitti bellici ad una realtà (operazioni militari) che non coincideva con tali conflitti e che consisteva nella sola presenza all'estero di militari ivi impegnati per operazioni militari.

Si potrebbe allora ritenere che la nuova formulazione dell'articolo 165, nella parte in cui contiene la clausola di riferibilità alle operazioni militari all'estero, si innesti sulle singole norme incriminatrici del titolo quarto e le proietti sullo scenario delle missioni internazionali, creando una sorta di replica di ciascuna di esse dove, al posto della guerra e dei nemici, si stagliano le operazioni militari all'estero e gli elementi ostili allo schieramento dei militari italiani[23].

Questa prospettiva genera, come si può intuire, una notevole latitudine applicativa delle norme di cui parliamo, in virtù del suo intreccio con l'articolo 13 del c.p.m.p di guerra, ove, proprio con riguardo alla norme del diritto penale umanitario, se ne statuisce la applicabilità *"anche ai militari ed a ogni altra persona appartenente alle forze armata nemiche, quando alcuno di tali reati sia commesso a danno dello stato italiano o di un cittadino italiano ovvero di uno stato alleato o di un suddito di questo"*[24].

Su tali premesse, dovrebbe riconoscersi che la nuova formulazione dell'art. 165 c.p.m.p. configuri una norma generale sull'esercizio della giurisdizione italiana in relazione ai reati di cui al Titolo IV del Libro III: essa consentirebbe di esercitare temporaneamente la giurisdizione italiana - in attesa di una normativa organica in materia - su tutti i predetti reati commessi nel contesto delle operazioni militari all' estero, *indipendentemente dal fatto che siano commessi in danno dello Stato o di un cittadino italiano.*

Avremmo quindi una normativa che ha una duplice funzione: da un lato essa è parte integrante del codice di guerra e ne segue le sorti applicative; dall'altro, essa ha una sua autonomia, staccandosi dal luogo (c.p.m.g.) in cui si trova e configurando una normativa speciale che si applica alle operazioni militari all'estero, alla stregua di uno statuto integrativo del codice penale militare di pace.

La seconda prospettiva esegetica conduce a conclusioni diametralmente opposte. E ciò per il tramite di due argomenti.

---

19 ottobre 2017, n. 155.), con la quale ha stabilito, proprio per coordinare il tenore letterale delle norme incriminatrici con la mutata realtà in cui erano destinate ad operare, quanto segue: Sostituzione dei termini fallimento e fallito: 1. Nelle disposizioni normative vigenti i termini «fallimento», «procedura fallimentare», «fallito» nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» e loro derivati, con salvezza della continuità delle fattispecie.

[23] Ad es., l'art. 175, che punisce «chiunque, per nuocere al nemico, adopera mezzi o usa modi vietati dalla legge o dalle convenzioni internazionali, o comunque contrari all' onore militare», sarebbe invece da intendere nel ' senso che è punito anche «chiunque, nel contesto di operazioni militari armate svolte all'estero dalle forze armate italiane, adopera mezzi o usa modi vietati dalla legge o dalle convenzioni internazionali, o comunque contrari all'onore militare (a danno dello Stato italiano o di cittadini italiani partecipanti agli interventi o alla missione stessa)».

[24] Ovviamente, con lessico adeguato al contesto delle operazioni militari all'estero ed alle moderne formule qualificatorie che designano il rapporto tra lo stato e coloro che ne fanno parte.

La prima, del tutto radicale, nega qualsiasi effetto alla norma dell'articolo 165 tutte le volte che il legislatore, nell'autorizzare la operazione militare all'estero, abbia espressamente statuito la applicabilità del codice penale militare di pace.

Questa prospettiva, sia consentito sottolineare, sembra del tutto infondata, perché ascrive al legislatore un contegno contraddittorio e ne fa l'emblema del noto soggetto che butta il sasso e nasconde la mano. E, cosa ancora più rilevante, dimentica di notare che la previsione dell'ultimo comma dell'articolo 165 è parte integrante di una legge che ribadisce la applicazione del codice militare di pace alla quasi totalità delle operazioni militari all'estero. Il che ha il senso dire, ci sembra, che si è inteso ribadire qualcosa (applicazione del codice penale militare di pace) e completare la disciplina con la contestuale previsione della applicabilità delle norme sui reati contro le leggi e gli usi della guerra.

Sicché appare evidente come con la indicata interpretazione si privi del tutto di efficacia la disposizione dell'articolo 165 e non si dia alcun valore alle norme che impongono di applicare il diritto penale umanitario alle operazioni all'estero, comprese quelle norme che, proprio per colmare vuoti di lacuna e tutelare essenziali valori della convivenza civile, sono state introdotte o modificate proprio nell'esatto momento storico e con le medesime leggi che hanno, in due occasioni, riformato l'articolo 165. Si pensi alle essenziali norme di cui all'articolo 184 bis, che fa riferimento alle norme sulla cattura di ostaggi previsti dalle norme sui conflitti internazionali[25] e di cui all'articolo 185, che prevede il reato di violenza di militari italiani contro privati nemici, modificata quanto alla pena dalla medesima legge n. 6 del 2002. E si pensi, infine, al reato di "altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali", previsto nell'articolo 185 bis, introdotto con la già citata legge n.6/2002.

Basta poco, per contro, per dare un senso all'articolo 165 e ritenerlo di generale applicabilità alle missioni internazionali presidiate dal codice penale di pace. La espressa previsione di tale codice si coniuga con l'applicabilità dell'articolo 165 ed ha il senso di attestare che solo le norme richiamate da tale ultima norma, fondamentale presidio di protezione del diritto penale umanitario, si applicano nel contesto delle operazioni disciplinate in generale dal codice di pace. Solo queste e non tutte le norme che compongono il codice penale di guerra.

Tale 165, si ribadisce, diventa invece privo di specifica funzione nel caso in cui il legislatore decida di applicare alla operazione militare tutto il codice di guerra, che per definizione contiene anche le norme del diritto penale umanitario.

L'altra opzione è meno radicale, poiché distingue tra norme applicabili e norme non applicabili sulla base del tenore letterale delle singole disposizioni incriminatrici. In particolare viene patrocinata la non applicabilità, in omaggio al principio di tassatività delle fattispecie di reato, di quelle norme che contengono un riferimento alla guerra ed ai coessenziali concetti di nemico e prigionieri di guerra.

Qui il rilievo appare in parte fondato, poiché è vero che il legislatore non si è preoccupato, nell'atto stesso in cui ha introdotto la nuova norma sulla applicabilità del diritto penale umanitario contenuto nel titolo quarto, di stabilire, e sarebbe bastato poco, che esse si applicano sostituendo al concetto di guerra le operazioni militari all'estero e adattando le qualifiche tipiche del tempo di guerra al contesto di tali operazioni militari.

Ciò nonostante, si tratta di una interpretazione che, in omaggio ad una concezione astratta e scarnificata del principio di tassatività, sembra frustrare la specifica finalità che il legislatore ha inteso perseguire con la previsione dell'articolo 165 e genera uno statuto applicativo che lascia prive di tutela le fondamentali esigenze del diritto penale umanitario.

[25] Inserita nel codice proprio con la legge che ha modificato il 165 (legge n. 6 del 2002)

8. La legge 21 luglio 2016, n. 145. (Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali)

A questo punto bisogna capire cosa è accaduto con la legge n. 145 del 2016, che nel suo articolo 1 stabilisce che" *Al di fuori dei casi di cui agli articoli 78 e 87, nono comma, della Costituzione, la partecipazione delle Forze Armate, delle Forze di Polizia ad ordinamento militare o civile e dei corpi civili di pace a missioni internazionali istituite nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) o di altre organizzazioni internazionali cui l'Italia appartiene o comunque istituite in conformità al diritto internazionale, comprese le operazioni militari e le missioni civili di polizia e per lo Stato di diritto dell'Unione europea, nonché a missioni finalizzate ad eccezionali interventi umanitari, è consentita, in conformità a quanto disposto dalla presente legge, a condizione che avvenga nel rispetto dei principi di cui all'articolo 11 della Costituzione, del diritto internazionale generale, del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale. 2. Rientra nell'ambito di applicazione della presente legge l'invio di personale e di assetti, civili e militari, fuori del territorio nazionale, che avvenga secondo i termini della legalità internazionale, delle disposizioni e delle finalità costituzionali, in ottemperanza agli obblighi di alleanze o ad accordi internazionali o intergovernativi, o per eccezionali interventi umanitari.*

Ad un primo approccio, sembrerebbe che la legge del 2016 sia proprio quella legge organica citata come condizioni risolutiva della applicazione delle norme del diritto penale umanitario di cui abbiamo parlato e la cui provvisoria applicazione è statuita dal citato articolo 165.

Nel caso le cose stessero in tali termini, avremmo dovuto trovare in questa legge un qualcosa che consentisse di individuare ed applicare il compendio normativo di protezione delle esigenze del diritto penale umanitario, la cui necessità di tutela è affermata e ribadita proprio nella fondamentale norma di cui all'articolo 1 della legge del 2016.

In realtà ci imbattiamo in disposizioni lacunose e contraddittorie.

E partiamo da quella che sembra dettare lo statuto penale da applicare al personale coinvolto nelle missioni internazionali, cioè dall'articolo 19 delle legge.

Si legge quanto segue: *1. Al personale che partecipa alle missioni internazionali, nonché' al personale inviato in supporto alle medesime missioni si applica il codice penale militare di pace. La competenza è del tribunale militare di Roma.".*

Come possiamo vedere, si tratta di una perentoria statuizione, che non dice nulla in merito alle norme di diritto penale umanitario e che trascura del tutto l'importante e doverosa riforma dell'articolo 165, che ha integrato il codice di pace nel periodo di vacanza e di attesa della legge organica di riforma della disciplina delle operazioni militari all'estero.

Il comma due di tale articolo 19 completa l'opera, impedendo di dire che si è trattato di una dimenticanza. Vi si legge, infatti, che *"È fatta salva la facoltà del Governo di deliberare l'applicazione delle norme del codice penale militare di guerra*[26]*."*

Viene fuori un quadro paradossale, che parrebbe risolversi in un attestato di inutilità di quanto fatto dallo stesso legislatore nel 2002, quando aveva, proprio per colmare una vistosa lacuna, disposto la applicazione delle norme di diritto penale umanitario alle operazioni militari armate fuori area.

L'unica norma che assegna una peculiare rilevanza alla realtà delle missioni internazionali è quella contenuta nei successivi commi del citato articolo 19, che concerne particolari disposizioni di diritto penale sostanziale e processuale[27].

[26] Previsione confermata da quanto stabilito nel comma 2 dell'articolo 2, ove si statuisce che *"Qualora il Governo intenda avvalersi della facoltà di cui all'articolo 19, comma 2, per prevedere l'applicazione ad una specifica missione delle norme del codice penale militare di guerra, presenta al Parlamento un apposito disegno di legge."*

[27] Di seguito il tenore testuale delle indicate norme:

3. Non è punibile il personale di cui al comma 1 che, nel corso delle missioni internazionali, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari. Quando, nel commettere uno dei fatti

Insomma, lo sconfortante quadro che sembra risultarne è nei seguenti termini. Per il nostro legislatore, a partire dalla entrata in vigore della legge del 2016 le operazioni militari armate all'estero sarebbero una vicenda da regolamentare, in linea generale, con l'inappropriato strumento del codice penale militare di pace.

L'attesa di una normativa che desse conto della peculiare realtà di tali operazioni si sarebbe quindi dissolta nel nulla. Quella meritoria opera di applicazione del diritto penale umanitario, iniziata nel 2002, sarebbe tramontata. Ed a poco vale osservare come non sia affatto tramontata ma sia divenuta ancora più imperiosa la esigenza di tutela dei valori che sono alla base del diritto penale umanitario.

---

previsti dal primo periodo, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge, dalle direttive, dalle regole di ingaggio o dagli ordini legittimamente impartiti, ovvero imposti dalla necessità delle operazioni militari, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

4. Il comma 3 non si applica in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232.

5. Nel corso delle missioni internazionali gli ufficiali di polizia giudiziaria militare procedono all'arresto, oltre che negli altri casi previsti dalla legge, di chiunque è colto in flagranza dei reati militari di cui agli articoli 173, secondo comma, 174, 186 e 195, secondo comma, del codice penale militare di pace.

6. Nei casi di arresto in flagranza o di fermo compiuti nel corso delle missioni internazionali, qualora le esigenze operative non consentano che l'arrestato o il fermato sia posto tempestivamente a disposizione dell'autorità giudiziaria militare, l'arresto o il fermo mantiene comunque la sua efficacia purché' il relativo verbale pervenga, anche con mezzi telematici, entro quarantotto ore al pubblico ministero e l'udienza di convalida si svolga, con la partecipazione necessaria del difensore, nelle successive quarantotto ore. In tali casi gli avvisi al difensore dell'arrestato o del fermato sono effettuati da parte del pubblico ministero e, fatto salvo il caso in cui le oggettive circostanze operative non lo consentano, si procede all'interrogatorio, ai sensi dell'articolo 388 del codice di procedura penale, e all'udienza di convalida, ai sensi dell'articolo 391 del medesimo codice di procedura penale, a distanza mediante un collegamento video-telematico o audiovisivo, realizzabile anche con postazioni provvisorie, tra l'ufficio del pubblico ministero ovvero l'aula ove si svolge l'udienza di convalida e il luogo della temporanea custodia, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto viene detto e senza aggravio di spese processuali per la copia degli atti. Il difensore o il suo sostituto e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei. Un ufficiale di polizia giudiziaria è presente nel luogo in cui si trova la persona arrestata o fermata, ne attesta l'identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa spettanti e redige verbale delle operazioni svolte. Senza pregiudizio per la tempestività dell'interrogatorio, l'imputato ha altresì diritto di essere assistito, nel luogo dove si trova, da un altro difensore di fiducia ovvero da un ufficiale presente nel luogo. Senza pregiudizio per i provvedimenti conseguenti all'interrogatorio medesimo, dopo il rientro nel territorio nazionale, l'imputato ha diritto di essere ulteriormente interrogato nelle forme ordinarie.

7. Con le stesse modalità di cui al comma 6 si procede all'interrogatorio della persona sottoposta a custodia cautelare in carcere, quando questa non possa essere condotta, nei termini previsti dall'articolo 294 del codice di procedura penale, in uno stabilimento militare di pena per rimanervi a disposizione.
dell'autorità giudiziaria militare.

8. I reati commessi dallo straniero nei territori o nell'alto mare in cui si svolgono le missioni internazionali, in danno dello Stato o di cittadini italiani che partecipano alle missioni stesse, sono puniti sempre a richiesta del Ministro della giustizia e sentito il Ministro della difesa per i reati commessi in danno di appartenenti alle Forze armate dello Stato.

9. I reati previsti dagli articoli 1135 e 1136 del codice della navigazione e quelli ad essi connessi ai sensi dell'articolo 12 del codice di procedura penale, se commessi in danno dello Stato o di cittadini o beni italiani, in alto mare o in acque territoriali altrui e accertati nelle aree in cui si svolge una missione internazionale, sono puniti ai sensi dell'articolo 7 del codice penale. Nei casi di arresto in flagranza, fermo o interrogatorio di persona sottoposta a custodia cautelare in carcere si applicano le disposizioni dei commi 6 e 7 del presente articolo. In tali casi, l'arrestato, il fermato o la persona sottoposta a custodia cautelare possono essere ristretti in appositi locali del vettore militare. L'autorità giudiziaria può disporre l'affidamento in custodia all'armatore, all'esercente ovvero al proprietario della nave o aeromobile sottoposti a sequestro ai sensi dell'articolo 105 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata ai sensi della legge 2 dicembre 1994, n. 689. Fuori dei casi di cui al primo periodo del presente comma, per l'esercizio della giurisdizione si applicano le disposizioni contenute negli accordi internazionali di cui l'Italia è parte ovvero conclusi da organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte.

10. Per i reati di cui ai commi 8 e 9 e per i reati attribuiti alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria commessi dal cittadino che partecipa a missioni internazionali, nel territorio e per il periodo in cui esse si svolgono, la competenza è del tribunale di Roma.

Per il nostro legislatore, le operazioni militari armate all'estero sono in radicale contrapposizione a ciò che connota gli scenari di guerra e sono da assimilare all'ordinario contesto del tempo di pace.

Quanto ciò sia poco plausibile emerge dalle stesse parole del legislatore, che, nel medesimo contesto in cui proclama la autosufficienza del codice di pace, inserisce una norma che ha la chiara fisionomia delle norme di guerra.

L'articolo 9, che reca la eloquente rubrica di "Personale in stato di prigionia o disperso" infatti così recita: 1. *Le disposizioni dell'articolo 5, commi 1, 2, 3, 5, 6 e 7, dell'articolo 7 e dell'articolo 8, comma 1, si applicano anche al personale militare e delle Forze di polizia in stato di prigionia o disperso a causa dell'impiego in missioni internazionali. Il tempo trascorso in stato di prigionia o quale disperso è computato per intero ai fini del trattamento previdenziale*[28]*."*

Il che ha il senso di dire che per il legislatore italiano è "tempo di pace" quello in cui i militari italiani impegnati nelle operazioni armate all'estero possono essere *"in stato di prigionia",* cioè fatti "prigionieri" dalle forze avverse.

Credo che sia la prima volta che il lessico del tempo di pace contempla la realtà di "prigionieri". La realtà della guerra viene camuffata in tempo di pace, fatte salve le tutele economiche e previdenziali.

C'è spazio per evitare tale sconfortante, inappagante ed in fondo illegittima conclusione? Una conclusione, cioè, che non provvede ad alcuna adeguata tutela delle esigenze del diritto penale umanitario nel contesto delle operazioni militari armate presidiate dal codice di pace?

A mio avviso, l'unica soluzione che si impone è quella di escludere che la legge del 2016 sia la legge al cui subentrare l'articolo 165 del codice di guerra subordina la cessazione della sua efficacia.

La suddetta legge, infatti, non contiene alcuna disciplina organica delle operazioni militari all'estero e si limita solo a regolamentare alcuni specifici profili di tali operazioni. Ciò per la determinante ragione che essa, esaustiva quanto alla regolamentazione dei profili amministrativo

---

[28] Il citato articolo 5 riguarda la indennità di missione ed ha il seguente tenore:

1. Con decorrenza dalla data di entrata nel territorio, nelle acque territoriali e nello spazio aereo dei Paesi interessati e fino alla data di uscita dagli stessi per il rientro nel territorio nazionale per la fine della missione, al personale che partecipa alle missioni internazionali è corrisposta, nell'ambito delle risorse del fondo di cui all'articolo 4, comma 1, per tutta la durata del periodo, in aggiunta allo stipendio o alla paga, agli assegni e alle indennità a carattere fisso e continuativo, l'indennità di missione di cui al regio decreto 3 giugno 1926, n. 941, nelle misure di cui al comma 2 del presente articolo, al netto delle ritenute, detraendo eventuali indennità e contributi corrisposti allo stesso titolo agli interessati direttamente dagli organismi internazionali.

2. L'indennità di missione di cui al comma 1 è calcolata sulla diaria giornaliera prevista per la località di destinazione, nella misura del 98 per cento o nella misura intera, incrementata del 30 per cento, se il personale non usufruisce a qualsiasi titolo di vitto e alloggio gratuiti.

3. Con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui agli articoli 2, comma 3, e 4, comma 3, nell'ambito delle risorse ivi previste, può essere stabilito per quali teatri operativi, in ragione del disagio ambientale, l'indennità di cui al comma 1 è calcolata, nelle misure di cui al comma 2, sulla diaria giornaliera prevista per una località diversa da quella di destinazione, facente parte dello stesso continente.

4. Durante i periodi di riposo e di recupero previsti dalle normative di settore, fruiti fuori del teatro di operazioni e in costanza di missione, al personale è corrisposta un'indennità giornaliera pari alla diaria di missione estera percepita.

5. Ai fini della corresponsione dell'indennità di missione i volontari delle Forze armate in ferma breve e in ferma prefissata sono equiparati alla categoria dei graduati.

6. Non si applica l'articolo 28, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

7. Il personale militare impiegato dall'ONU nell'ambito delle missioni internazionali con contratto individuale conserva il trattamento economico fisso e continuativo e percepisce l'indennità di missione di cui al presente articolo, con spese di vitto e di alloggio poste a carico dell'Amministrazione della difesa. Eventuali retribuzioni o altri compensi corrisposti direttamente dall'ONU allo stesso titolo, con esclusione di indennità e di rimborsi per servizi fuori sede, sono versati all'Amministrazione della difesa, al netto delle ritenute, fino a concorrenza dell'importo corrispondente alla somma del trattamento economico fisso e continuativo e dell'indennità di missione di cui al presente articolo, al netto delle ritenute, e delle spese di vitto e di alloggio.

contabili, è del tutto silente in relazione alla finalità di predisporre una puntuale e globale normativa per tali operazioni; finalità, come è noto, che fa parte di progetti di legge sottoposti all'esame del Parlamento ed intesi alla messa a punto di un codice per le missioni all'estero.

Questa interpretazione trova il conforto di quanto è scritto nella norma di cui all'articolo 9, che è gemella dell'articolo 165, e che proclama la necessità di "una nuove legge organica sulla materia penale militare" per "i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate".

In tale prospettiva interpretativa la reale innovazione "penalistica" ascrivibile alla legge del 2016 consiste nell'avere stabilito, in deroga all'articolo 9 del codice di guerra, che lo statuto ordinario delle missioni all'estero è costituito dal codice di pace.

Con la conseguenza che il silenzio sul punto del futuro legislatore, nella legge che autorizzi le missioni, non comporterà più la automatica applicazione del codice di guerra bensì di pace. Insomma una statuizione una volta per tutte, che però non innova quanto statuito altrove in ordine alla precisa dimensione del codice di pace ed alla sua integrazione con le norme di titolo quarto del codice di guerra.

9. Conclusioni

In altri termini e tirando le fila di quanto sopra rilevato:

Prima della legge del 2016, l'assetto normativo delle operazioni militari all'estero era imperniato sulla regola generale espressa dall'articolo 9 del codice di guerra, ai sensi della quale a tali operazioni si applica il codice penale militare di guerra, nella sua totalità e quindi anche nella parte concernente i reati contro le leggi e gli usi di guerra (diritto umanitario-*Ius in bello*);

Il predetto assetto normativo subiva una modifica nel caso in cui il legislatore avesse previsto espressamente, in deroga alla regola generale di cui al citato articolo 9 C.p.m.g., la applicabilità dal codice penale militare pace alla singola operazione militare all'estero; in tali casi, oltre al codice penale militare di pace, trovava applicazione il titolo IV del codice penale militare di guerra, contenente le norme di tutela del diritto penale umanitario, alla luce della chiara previsione dell'articolo 165 del codice penale militare di guerra, ai sensi della quale, *"in attesa della emanazione di una normativa che disciplina organicamente la materia"* le disposizioni del titolo IV *"si applicano alle operazioni miliari armate svolte all'estero dalle forme armate italiane";*

La anzidetta disciplina verrà quindi meno nel momento in cui sarà approvata una disciplina che regolamenti organicamente "la materia".

La "materia" in attesa di disciplina non può che essere la stessa "materia" di cui si occupa la coeva norma di cui all'articolo 9 del codice penale militare di guerra, posto che entrambe le citate norme sono state introdotte dalla legge n. 6 del 2002, sia pure con successiva integrazione, quanto ai due commi finali dell'articolo 165, ad opera della legge n. 15 del 2002.

Orbene, la norma di cui all'articolo 9 è l'unica che contiene una "specificazione" della materia in attesa di una legge organica, espressamente statuendo che debba trattarsi della "materia penale militare".

La legge n. 145 del 2016 non è una legge di tal fatta, perché, oltre a non contenere nessun rinvio alla riserva di regolamentazione di cui ai predetti articoli 9 e 165 del codice penale militare di guerra, essa si limita a disciplinare profili organizzativi e contabili della partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali e vi aggiunge la previsione della applicabilità del codice penale militare di pace "*al personale che partecipa alle missioni internazionali, nonché' al personale inviato in supporto alle medesime missioni".*

Si tratta, quanto a quest'ultima previsione, di una norma che, stabilendo una volta per tutte la applicabilità del codice penale militare di pace a tali missioni, ha la sola finalità, si ribadisce, di esonerare il futuro legislatore delle missioni internazionali dal compito di prevedere di volta in volta, come fatto in precedenza, la espressa previsione di applicabilità del codice penale militare di pace.

Che si sia in presenza di una norma che codifica in un unico testo le previsioni che in passato erano contenute nelle singole leggi che autorizzavano le missioni internazionali si ricava anche dalla

constatazione che nella medesima legge sono riproposte, ancora “una volta per tutte”, le specifiche disposizioni penali e processuali applicabili a tale missioni internazionali[29] e che costituiscono, appunto, un riepilogo delle disposizione che, nel corso del tempo, hanno accompagnato, sia sotto forma di previsione ad hoc che sotto forma di rimando alle disposizioni di precedenti leggi che autorizzavano le missioni, le singole leggi che autorizzavano o prorogavano le missioni internazionali.

[29] Disposizioni che si rinvengono nei commi dal 3 in poi del predetto articolo 19 della legge del 2016. In particolare si tratta delle seguenti:
comma 3. Non è punibile il personale di cui al comma 1 che, nel corso delle missioni internazionali, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari. Quando, nel commettere uno dei fatti previsti dal primo periodo, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge, dalle direttive, dalle regole di ingaggio o dagli ordini legittimamente impartiti, ovvero imposti dalla necessità delle operazioni militari, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.
4. Il comma 3 non si applica in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232.
5. Nel corso delle missioni internazionali gli ufficiali di polizia giudiziaria militare procedono all'arresto, oltre che negli altri casi previsti dalla legge, di chiunque è colto in flagranza dei reati militari di cui agli articoli 173, secondo comma, 174, 186 e 195, secondo comma, del codice penale militare di pace.
6. Nei casi di arresto in flagranza o di fermo compiuti nel corso delle missioni internazionali, qualora le esigenze operative non consentano che l'arrestato o il fermato sia posto tempestivamente a disposizione dell’autorità giudiziaria militare, l'arresto o il fermo mantiene comunque la sua efficacia purché il relativo verbale pervenga, anche con mezzi telematici, entro quarantotto ore al pubblico ministero e l'udienza di convalida si svolga, con la partecipazione necessaria del difensore, nelle successive quarantotto ore. In tali casi gli avvisi al difensore dell'arrestato o del fermato sono effettuati da parte del pubblico ministero e, fatto salvo il caso in cui le oggettive circostanze operative non lo consentano, si procede all'interrogatorio, ai sensi dell'articolo 388 del codice di procedura penale, e all'udienza di convalida, ai sensi dell'articolo 391 del medesimo codice di procedura penale, a distanza mediante un collegamento video-telematico o audiovisivo, realizzabile anche con postazioni provvisorie, tra l'ufficio del pubblico ministero ovvero l'aula ove si svolge l'udienza di convalida e il luogo della temporanea custodia, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto viene detto e senza aggravio di spese processuali per la copia degli atti. Il difensore o il suo sostituto e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei. Un ufficiale di polizia giudiziaria è presente nel luogo in cui si trova la persona arrestata o fermata, ne attesta l’identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa spettanti e redige verbale delle operazioni svolte. Senza pregiudizio per la tempestività dell'interrogatorio, l'imputato ha altresì diritto di essere assistito, nel luogo dove si trova, da un altro difensore di fiducia ovvero da un ufficiale presente nel luogo. Senza pregiudizio per i provvedimenti conseguenti
all'interrogatorio medesimo, dopo il rientro nel territorio nazionale, l'imputato ha diritto di essere ulteriormente interrogato nelle forme ordinarie.
7. Con le stesse modalità di cui al comma 6 si procede all'interrogatorio della persona sottoposta a custodia cautelare in carcere, quando questa non possa essere condotta, nei termini previsti dall'articolo 294 del codice di procedura penale, in uno stabilimento militare di pena per rimanervi a disposizione dell’autorità giudiziaria militare.
8. I reati commessi dallo straniero nei territori o nell'alto mare in cui si svolgono le missioni internazionali, in danno dello Stato o di cittadini italiani che partecipano alle missioni stesse, sono puniti sempre a richiesta del Ministro della giustizia e sentito il Ministro della difesa per i reati commessi in danno di appartenenti
alle Forze armate dello Stato.
9. I reati previsti dagli articoli 1135 e 1136 del codice della navigazione e quelli ad essi connessi ai sensi dell'articolo 12 del codice di procedura penale, se commessi in danno dello Stato o di cittadini o beni italiani, in alto mare o in acque territoriali altrui e accertati nelle aree in cui si svolge una missione internazionale, sono puniti ai sensi dell'articolo 7 del codice penale. Nei casi di arresto in flagranza, fermo o interrogatorio di persona sottoposta a custodia cautelare in carcere si applicano le disposizioni dei commi 6 e 7 del presente articolo. In tali casi, l'arrestato, il fermato o la persona sottoposta a custodia cautelare possono essere ristretti in appositi locali del vettore militare.
L’autorità giudiziaria può disporre l'affidamento in custodia all'armatore, all'esercente ovvero al proprietario della nave o aeromobile sottoposti a sequestro ai sensi dell'articolo 105 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata ai sensi della legge 2 dicembre 1994, n. 689. Fuori dei casi di cui al primo periodo del presente comma, per l'esercizio della giurisdizione si applicano le disposizioni contenute negli accordi internazionali di cui l'Italia è parte ovvero conclusi da organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte.
10. Per i reati di cui ai commi 8 e 9 e per i reati attribuiti alla giurisdizione dell’autorità giudiziaria ordinaria commessi dal cittadino che partecipa a missioni internazionali, nel territorio e per il periodo in cui esse si svolgono, la competenza è del tribunale di Roma.

Ciò consente di dire, ci pare, che si è in presenza di una legge che ha, quasi a guisa di testo unico, dato veste unitaria ai criteri che definiscono e regolamentano la partecipazione italiana alle missioni internazionali e gli impegni finanziari connessi; quindi di uno strumento normativo che andrà a costituire parte integrante di ogni futura legge autorizzativa delle missioni internazionali e che si propone di disciplinare, come già detto "una tantum" quei profili procedimentali e di diritto sostanziale che in precedenza erano affidati a specifiche previsioni costitutive delle singole leggi autorizzative.

Se tali premesse sono plausibili, è giocoforza rilevare che la legge del 2016 non interferisca in alcun modo sulla applicabilità della norma di cui all'articolo 165 del codice penale militare di guerra, per la determinante ragione che essa non costituisce quell'evento condizionale cui è subordinata la cessazione di efficacia di tale fondamentale previsione e costituisce, per contro, la sua tipica base di innesto: cioè un dispositivo normativo che tutela le istanze del diritto penale umanitario che trova applicazione nelle evenienze, attualmente regola tendenziale, in cui la operazione militare all'estero è presidiata dal codice penale militare di pace.

A noi sembra che tali premesse siano plausibili e che sia infondata la ipotesi ricostruttiva opposta; cioè quella che, rinvenendo nella legge del 2016 quella condizione cui è subordinata la cessazione di efficacia dell'articolo 165 del c.p.m.p., produce l'effetto di completo azzeramento di quel dispositivo normativo che, introdotto a partire dalla legge n. 6 del 2002, si propone di tutelare le fondamentali esigenze del diritto penale umanitario. Con l'assurda conclusione, per citare la più vistosa anomalia, che quelle due fattispecie incriminatrici previste dagli articoli 184-bis (cattura di ostaggi)[30] e 185-bis (altre persone protette dalla convenzioni internazionali)[31] ed introdotte, rispettivamente, dall'art. 2, comma 1, lett. g) ed e) della legge 31 gennaio 2002, n. 6 proprio per riscontrare istanze di protezione reclamate da convenzioni internazionali, hanno cessato di esistere e sono svanite nel nulla.

Il che avrebbe il senso (o non senso) di dire che le anzidette fattispecie incriminatrici siano state introdotte nel 2002, nel contesto di leggi che disciplinano operazioni internazionali, per la sola finalità di apprestare una tutela solo e soltanto nella evenienza della applicazione dell'intero codice penale militare di guerra!

A condividere tale approccio, altro non si fa che affermare che nel 2016 il nostro legislatore ha "disciplinato in modo organico la materia" per il tramite di una sostanziale equiparazione delle operazioni militari all'estero alle normali operazioni militari che si svolgono nella quotidiana esperienza di servizio militare all'interno del nostro territorio; con esplicita attestazione che non vi è luogo a provvedere ad alcuna tutela del diritto penale umanitario perché di tali esigenze di tutela non vi sarebbe traccia nel contesto delle operazioni militari all'estero.

La singolarità, vero e proprio inadempimento internazionale, di tali conclusioni non può che indurre a rimeditare sulle premesse da cui esse traggono origine.

[30] Art. 184-bis. (Questo articolo è stato aggiunto dall'art. 2, comma 1, lett. e), L. 31 gennaio 2002, n. 6.) Cattura di ostaggi. Il militare che viola i divieti della cattura di ostaggi previsti dalle norme sui conflitti armati internazionali è punito con la reclusione militare da due a dieci anni.
La stessa pena si applica al militare che minaccia di ferire o di uccidere una persona non in armi o non in atteggiamento ostile, catturata o fermata per cause non estranee alla guerra, al fine di costringere alla consegna di persone o cose.
Se la violenza è attuata si applica l'articolo 18.

[31] Art. 185-bis. (Questo articolo è stato aggiunto dall'art. 2, comma 1, lett. g), L. 31 gennaio 2002, n. 6).
Altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali. (1) Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietategli dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito con la reclusione militare da due (2) a cinque anni.

Il pericolo di frammentazione del diritto spaziale:
il diritto del mare quale possibile garanzia di omogeneità internazionale

The danger of fragmentation of space law:
the law of the sea as a possible guarantee of international homogeneity

di *Antonio Zippo*[1]

"*law must precede man into space*"
(Andrew Gallagher Haley, giurista Americano)

Abstract: L'attenzione sempre più marcata da parte di alcuni Paesi versi lo spazio impone la necessità di interrogarsi sulla idoneità del diritto spaziale alle odierne sfide tecnologiche e commerciali. In tale ottica, è stato preso in considerazione il diritto del mare, i cui istituti potrebbero essere utilizzati per colmare i *gap* esistenti, salvaguardando l'omogeneità del diritto spaziale a fronte del concreto rischio di una sua frammentazione.

***Abstract**: The increasingly marked attention from some countries to space imposes the need to question the suitability of space law for today's technological and commercial challenges. With this in mind, the law of the sea was taken into consideration, whose institutions could be used to fill the existing gaps, safeguarding the homogeneity of space law in the face of the concrete risk of its fragmentation.*

Sommario: 1. Lo scenario attuale. – 2. Il diritto spaziale oggi. – 3. Analogie e differenze con il diritto del mare. – 4. Conclusioni.

1. Lo scenario attuale

Il 20 dicembre 2019 presso la base di Andrews, il Presidente Donald TRUMP ha firmato il *National Defense Authorization Act,* con il quale è stata istituita e finanziata la *US Space Force*, ovvero le Forza Spaziale americana, in linea con la *Space Policy Directive* nr. 4, adottata negli USA in data 18 febbraio 2019.

Tale evento conferma un'attenzione sempre più marcata e tangibile verso lo Spazio, che vede negli Stati Uniti uno dei maggiori attori, ma non l'unico: diversi Paesi infatti, quali la Russia, la Cina ed il Giappone, che già dispongono di una rete di telescopi, radar e altri sensori, in grado di rilevare e localizzare satelliti e altri oggetti spaziali, stanno dando grande impulso al settore, non mancando di esternare a propria volta preoccupazione per lo sviluppo di tecnologia anti-satellite e per l'incidenza dell'inquinamento spaziale[2].

Non va sottaciuto, infatti, che in oltre 50 anni di attività spaziale sono stati messi in orbita circa 6.600 satelliti di cui solo 1.100 attualmente operativi[3] e che l'orbita terrestre risulta inquinata da centinaia di migliaia di oggetti di dimensione diversa, tanto da indurre l'*European Space Agency* (ESA) a commissionare la prima missione di rimozione dei detriti spaziali ad una *startup* svizzera[4].

Quanto sopra sintetizzato, unitamente al ritrovato interesse di alcuni progetti spaziali per la Luna, manifestato non solo da attori statali quali USA e CINA[5], ma anche da parte di entità private,

[1] Ufficiale Superiore del Corpo di Commissariato Militare Marittimo della Marina Militare. I contenuti del presente articolo rispecchiano le opinioni personali dell'autore e non sono in alcun modo attribuibili alla Forza Armata di appartenenza.
[2] Cfr. G. ARRIGO, *L'insostenibile leggerezza delle infrastrutture spaziali*, disponibile al link https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/linsostenibile-leggerezza-delle-infrastrutture-spaziali-24119.
[3] Cfr. G. ARRIGO, articolo cit.
[4] Cfr. R. CERECEDA, *Dobbiamo iniziare a preoccuparci seriamente del problema dei detriti spaziali*, pubblicato su https://it.euronews.com/2019/12/19/dobbiamo-iniziare-a-preoccuparci-seriamente-del-problema-dei-detriti-spaziali.
[5] Cfr. *Luna e Spazio – Le nuove tecnologie*, Informazioni della Difesa, 3-2019, pag. 5 e segg.

sempre più interessate sia al cd. "turismo spaziale" sia allo sfruttamento delle risorse minerarie presenti nel sottosuolo lunare e di altri asteroidi[6], impone una riflessione sulla "lente" attualmente disponibile per scrutare lo spazio dal punto di vista giuridico, al fine di poter ipotizzare possibili evoluzioni del cd. Diritto Spaziale.

L'evoluzione della disciplina è un tema di costante attualità, anche alla luce di alcune iniziative legislative nazionali, quali quelle poste in essere da Lussemburgo[7] e Stati Uniti, tese a privilegiare in ambito spaziale il concetto sintetizzabile con l'affermazione di "chi trova, tiene" in luogo del principio della *res communes omnium*.

Dal punto di vista prettamente militare, corre l'obbligo di sottolineare come la già ricordata decisione USA di istituire una Forza Spaziale così come la strategia francese di difendere lo spazio presentata dal Ministro per la Difesa Florence Parly già nel luglio scorso, fanno sì che lo spazio non possa più essere considerato solo un *layer*, ma stia evolvendo in un vero e proprio Dominio di confronto militare[8].

2. Il diritto spaziale oggi

Il *corpus* normativo attualmente vigente trova i suoi cardini in alcune convenzioni internazionali di cui si è avvertita la necessità a partire dagli anni 60, ovvero in concomitanza con l'accelerazione tecnologica impartita dalle potenze leader del sistema bipolare (USA e URSS) nei confronti del proprio indotto industriale, allo scopo di raggiungere questo nuovo "terreno di confronto" e mettere piede per primi su uno dei suoi simboli: la luna.

Il Trattato "principe" in materia spaziale è quello relativo ai princìpi che regolano le attività degli Stati nell'esplorazione e utilizzazione dello spazio extra-atmosferico, ivi compresi la luna e gli altri corpi celesti (noto anche come *Outer Space Treaty*) del 1967[9].

In esso viene riconosciuta agli Stati la libertà di esplorare lo spazio esterno ed i pianeti per scopi scientifici e pacifici, viene posto il divieto di collocare armamenti nucleari in orbita, vengono poste le basi sul trattamento degli astronauti, e vengono definite le responsabilità legali verso le altre parti contraenti. Inoltre, contiene un divieto di inquinamento dell'ambiente spaziale e terrestre, sebbene i termini usati dall'art. IX del testo in commento risultano particolarmente generici a scapito dell'efficacia della norma.

Nel 1968 prese forma l'Accordo sul salvataggio degli astronauti, il ritorno degli astronauti e la restituzione degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico (noto anche come *Rescue Agreement*), che stabilisce tra l'altro regole per la sicurezza degli equipaggi[10].

Completano l'ossatura portante del Diritto Spaziale la Convenzione sulla responsabilità internazionale per i danni causati da oggetti spaziali (nota anche come *Liability Convention*) del 1972[11], che stabilisce i vincoli ed i limiti della responsabilità degli Stati verso gli altri contraenti, la Convenzione sull'immatricolazione degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico (nota anche

[6] Cfr. KASHYAP VYAS, *Is It Already Time to Have Laws For Outer Space?*, https://interestingengineering.com/is-it-already-time-to-have-laws-for-outer-space. Nell'articolo in commento viene altresì sottolineata la dichiarazione di Elon Musk di Space X, che ambisce a fare di Marte una colonia per umani quale *backup* della Terra.

[7] Cfr. intervista a Fabio TRONCHETTI, *Minatori Spaziali: opportunità e aspetti legali*, pubblicata su www.media.inaf.it, notiziario online dell'Istituto nazionale di astrofisica. In proposito, viene sottolineato che imprese private quali *Planetary Resources* e *Deep Space Industries* risultano aver concluso con il governo del Lussemburgo una serie di accordi di collaborazione per lo sviluppo della tecnologia e per la creazione di opportunità commerciali nel settore dell'utilizzazione delle risorse minerarie spaziali.

[8] Cfr. *Conferenza UE sullo Spazio*, disponibile al link https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/spazio-e-difesa-tofalo-perche-anche-allitalia-serve-un-comando-operazioni-spaziali/.

[9] La Convezione è stata adottata con Ris. 2222 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed è entrata in forza il 10 ottobre 1967. Al momento risulta essere stata ratificata da 107 Paesi, tra cui USA, l'(ex) URSS, UK e REPUBBLICA POPOLARE CINESE.

[10] La Convezione è stata adottata con Ris. 2345 delle Nazioni Unite ed è entrata in forza il 3 ottobre 1969. Al momento risulta essere stata ratificata da 90 Paesi e sottoscritta da 24 Paesi.

[11] La Convezione è stata adottata con Ris. 2777 delle Nazioni Unite ed è entrata in forza il 1 settembre 1972. Al momento risulta essere stata ratificata da 86 Paesi e sottoscritta da 24 Paesi.

come *Registration Convention*) del 1975[12], che prevede obblighi quali la compilazione di uno specifico registro per l'immatricolazione degli oggetti lanciati verso lo spazio e l'accordo per disciplinare l'attività degli Stati sulla Luna e sugli altri corpi celesti (c.d. *Moon Agreement*) del 1979[13].

La particolarità di questo trattato, teso tra l'altro a vietare l'occupazione per scopi militari delle entità fisiche a cui è rivolto, è rappresentata dal fatto di essere stato ratificato da pochissime nazioni: tra queste, risultano assenti le cd. Potenze Spaziali e pertanto risulta avere scarsa rilevanza diretta sulle attuali attività spaziali[14].

Il quadro giuridico convenzionale sopra delineato, che va completato alla luce di ulteriori fonti pattizie e di *Soft Law* che, per completezza di trattazione, verranno enunciate in appendice, evidenzia come il termine Spazio assuma significati differenti, con conseguenze giuridiche diverse, atteso che con tale termine viene indicato un luogo[15]:

- "geografico", scevro dall'esercizio di sovranità da parte degli Stati terrestri;
- "fisico", in cui effettuare ricerca o da impiegare per finalità commerciali;
- "ostile" per la vita umana;
- "pieno" di detriti;
- di rilevante importanza per la difesa, la sicurezza e le operazioni militari.

La particolarità della disciplina vigente è quella di avere avuto la propria ratio nella già ricordata volontà da parte degli Stati (segnatamente USA e URSS) di procedere all'esplorazione spaziale e, al contempo, della paura degli Stati non in possesso del *know-how* tecnologico di essere "tagliati fuori" da questa "corsa".

Con il passare degli anni, il progressivo mutamento dell'approccio allo Spazio, visto sempre più come opportunità anche dal punto di commerciale, ha evidenziato i limiti della vigente disciplina. Ne è un esempio il dibattito ancora in corso, relativo al diritto applicabile ai voli suborbitali, che ha evidenziato tutte le criticità derivanti dall'eventuale applicazione della disciplina spaziale unitamente all'insufficienza del diritto aeronautico a conferire una solida cornice giuridica a dette attività[16].

La recente approvazione da parte del Presidente americano Donald J. Trump dell'"*Executive Order On Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources*", firmato in data 6 aprile 2020[17], costituisce il segno tangibile della volontà di superare la cornice giuridica attualmente vigente, che mal si attaglia alle finalità economiche sottese dalla postura assunta dagli USA in materia spaziale.

In particolare il già citato *Executive Order,* nel premettere che gli USA non sono parte del *Moon Agreement* e di non riconoscerne pertanto la cogenza dal punto di vista internazionale, afferma la volontà USA di prediligere ai trattati internazionali la finalizzazione di intese bilaterali o multilaterali con gli altri Stati o Organizzazioni Internazionali, al fine di consentire lo sfruttamento delle risorse minerarie presenti sui corpi celesti.

Il "fermento" degli USA, evidenzia l'esistenza di un "vuoto" normativo a livello internazionale che, se non colmato, porterà a frammentare la disciplina in un settore destinato ad affermarsi nei prossimi anni e potenzialmente idoneo a modificare gli equilibri geopolitici mondiali.

---

[12] La Convezione è stata adottata con Ris. 3235 delle Nazioni Unite ed è entrata in forza il 15 settembre 1976. Al momento risulta essere stata ratificata da 51 Paesi e sottoscritta da 4 Paesi.

[13] La Convezione è stata adottata con Ris. 24/68 delle Nazioni Unite ed è entrata in forza l'11 giugno 1984. Al momento risulta essere stata ratificata da 13 Paesi e sottoscritta da 4 Paesi.

[14] La convenzione è stata ratificata da Australia, Austria, Belgio, Cile, Filippine, Kazakistan, Libano, Marocco, Messico, Paesi Bassi, Pakistan, Perù ed Uruguay.

[15] Cfr. H. HERTZFELD, *Current ad Future Issues in International Law,* https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol15/iss2/3/.

[16] Cfr. V. SIRICO, F. MACALUSO, A. DOVIZIO, E. FANIGLIULO, M. SEGAT, A. ZIPPO, I. JANEVSKI, A. P. POLETTI, G. D'AMICO, F. PASCALICCHIO, F. NASO, A. ADEN SHURE, *Accesso allo spazio, voli suborbitali e piattaforme stratosferiche: tecnologie emergenti, diritto applicabile e prospettive d'impiego in ambito militare e duale,* Tesi di Gruppo elaborata nell'ambito del 21° Corso ISSMI A. 2018-2019.

[17] Cfr. https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-encouraging-international-support-recovery-use-space-resources/.

Appare pertanto opportuno verificare se esistono già nel diritto internazionale degli istituti consolidati da secoli di *diuturnitas* che possano in qualche modo colmare i *gap* sopra evidenziati, attenuando il rischio di frammentare una disciplina che è opportuno che rimanga omogenea.

In tale ottica, verrà preso in considerazione il Diritto del Mare che, contrariamente a quanto si possa immaginare, presenta già numerose analogie con il diritto della spazio.

3. Analogie e differenze con il diritto del mare

In *primis*, va evidenziato che il Diritto del Mare, cristallizzato da ultimo dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1982 (UNCLOS)[18], ha una genesi molto più antica, che muove da quanto espresso da *Hugo Grotius* nella sua Dissertazione "*Mare Liberum*" scritta nel 1601, a sostegno della libertà di navigazione degli Olandesi a fronte delle pretese Portoghesi di esercitare diritti sovrani nell'Oceano Indiano.

Il principio sopra espresso, ovvero del mare come bene non suscettibile di appropriazione esclusiva e perciò aperto alla libera navigazione, dapprima contrastato e successivamente condiviso anche dall'Inghilterra che ne ha fatto l'emblema della sua potenza marittima[19], ha trovato la sua consacrazione nel secondo dei "Quattordici Punti" con cui il Presidente Wilson difese gli interesse marittimi degli USA, sostenendo la "*libertà assoluta di navigazione su tutti i mari, fuori dalle acque territoriali, in pace ed in guerra, salvo che i mari siano totalmente o in parte chiusi da un'azione internazionale per l'applicazione di accordi internazionali*".

Da ciò, emerge pertanto un primo principio comune alle due discipline, ovvero la piena libertà di accesso non solo all'alto mare, ma anche allo spazio da parte degli Stati[20], sebbene il Diritto Spaziale sia stato elaborato in un momento storico successivo e con finalità differenti rispetto al Diritto del Mare.

Al contempo, è possibile individuarne una prima differenza, rappresentata per l'appunto dall'esistenza di un limite esplicito a detta libertà, ovvero il mare territoriale, che ai sensi dell'art. 3 dell'UNCLOS può estendersi fino a 12 miglia dalla linea di base, unitamente alla rilevanza attribuita dal diritto del mare alla piattaforma continentale, alla zona contigua e alla zona economia esclusiva (ZEE), quest'ultima sempre più al centro delle dinamiche geopolitiche del mediterraneo[21].

Il Diritto Spaziale, invece, risente della mancanza di un riferimento oggettivo, ovvero una quota a partire dalla quale trovi esplicita applicazione. Infatti, la cd. linea di *Kàrmàn*, a cui gli studiosi fanno spesso riferimento per individuare il confine tra spazio ed atmosfera (100 km), non è contemplata da alcuna Convenzione Internazionale e pertanto non assume alcun tipo di valore dal punto di vista giuridico[22], non potendo essere assimilata al limite esterno dello spazio aereo.

Ciò ha conseguenze importanti sulla possibilità per uno Stato di esercitare la propria giurisdizione, al contrario di quanto invece avviene nel caso di eventi occorsi nel proprio mare territoriale, puntualmente delimitato.

---

[18] La *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) è stata aperta alla firma a Montego Bay (Giamaica) il 10 dicembre 1982. Ad oggi, è stata ratificata da 168 Stati (non dagli USA). Fonte https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm.

[19] Cfr. A.I. (r) Fabio CAFFIO, Glossario di diritto del Mare, IV Edizione Dicembre 2016, pagg. 64 e seg., disponibile seguendo il link http://www.marina.difesa.it/media-cultura/editoria/marivista/Documents/Glossario_IV_Edizione.pdf . Il principio in esame è stato dapprima contrastato e successivamente condiviso dall'Inghilterra che ne ha fatto l'emblema della sua potenza marittima.

[20] Cfr. G. CATALANO SGROSSO, *Diritto Internazionale dello spazio*, LoGisma editore, pag. 27. Particolare è la contrapposizione del disposto dell'art.1 della *Convention on International Civil Aviation* del 1944 (piena ed esclusiva sovranità dello Stato sullo spazio aereo) e l'art.2 del già citato Trattato sullo Spazio del 1967, che pone il divieto di appropriazione nazionale dello spazio extra atmosferico e, più in generale, dei corpi celesti in esso presenti.

[21] Cfr. F. CAFFIO, *Come cambia lo status quo degli spazi marittimi mediterranei*, in Rivista Marittima, marzo 2020, pagg. 28 e seg.

[22] Cfr. H. HERTZFELD, op.cit. Nel medesimo articolo, l'autore evidenzia come la suddivisione a cui spesso si fa ricorso tra *Eart's atmosphere*, *edge of outer space* e *achieving orbit*, ha la propria genesi nelle finalità commerciali con cui si guarda sempre più frequentemente allo spazio.

Il *vulnus* sopra evidenziato, ha portato gli studiosi ad elaborare e confrontarsi su due orientamenti dottrinali, ovvero l'orientamento spazialistico, che considera necessaria l'indicazione di una "quota" per stabilire l'applicazione del diritto aeronautico in luogo di quello spaziale, e quello funzionale, che al contrario lega l'individuazione della disciplina da applicare all'attività a cui è preposto il mezzo che stiamo considerando.

Attualmente, il criterio funzionale risulta essere prevalente rispetto a quello spaziale[23], con conseguente assoggettamento dello *space object* alla sovranità dello Stato di lancio.

In secondo luogo, va osservato che nessuno degli Stati sorvolati dai mezzi spaziali ha ritenuto tale circostanza come una violazione della propria sovranità né, dall'altro, nessuno degli Stati che ha effettuato il lancio di veicoli spaziali destinati a sorvolare il territorio altrui ha mai ritenuto necessario chiedere la preventiva autorizzazione agli Stati sorvolati[24].

Tale affermazione, richiama l'istituto del transito inoffensivo, contemplato dall'art. 19 dell'UNCLOS, ovvero il diritto di cui godono le navi di tutti gli Stati di attraversare il mare territoriale straniero senza entrare nelle acque interne, purché continuo e sollecito ed a condizione che non risulti pregiudizievole alla pace, al buon ordine o alla sicurezza dello Stato costiero.

In terzo luogo, l'UNCLOS distingue nettamente la Nave e la Nave da Guerra, prevedendo nel caso di quest'ultima requisiti specifici per poter essere definita tale e conferendole pertanto attribuzioni di *enforcement* in caso di attività riscontrate al di là del limite esterno delle acque territoriali e costituenti *crimes juris gentium*.

Nel diritto spaziale non è presente alcuna definizione in proposito: le convenzioni internazionali in materia, infatti, menzionano solo ed esclusivamente lo *space object*, di cui peraltro non viene fornita alcuna descrizione né tanto meno alcun tratto caratteristico per distinguerne l'appartenenza ad uno Stato, ovvero ad un soggetto privato.

Inoltre, nell'ambito delle due discipline, sussistono ulteriori tre aspetti che si ritiene opportuno evidenziare, rappresentati dal ruolo assunto dallo Stato, dallo sfruttamento delle risorse e, in ultima analisi, dalla tutela ambientale.

Con riguardo al ruolo assunto dallo Stato, va osservato che il diritto spaziale ne attribuisce un ruolo centrale con riguardo soprattutto alla responsabilità assunta proprio dallo Stato di lancio in caso di sinistri spaziali. Infatti, l'art. 6 del già citato Trattato sullo Spazio del 1967, attribuisce agli Stati contraenti la responsabilità internazionale per le "*…attività nazionali condotte nello spazio extra-atmosferico…*" ed effettuate sia dagli Enti Governativi sia da quelli non Governativi.

L'articolo in esame prevede che le attività siano "*…soggette ad autorizzazione e continuo controllo da parte dello Stato contraente competente…*". Il Trattato in esame prosegue all'art. 7 stabilendo che "*... ciascuno Stato contraente del Trattato che effettua o faccia effettuare il lancio di un oggetto nello spazio extra-atmosferico e ... ciascuno Stato contraente dal cui territorio o installazione un oggetto viene lanciato è responsabile dal punto di vista internazionale per i danni causati ad un altro Stato contraente o alle sue persone fisiche o giuridiche*[25] *…*".

---

[23] Tale impostazione non è scevra di criticità, legate ad esempio a quale disciplina applicare nel caso dei voli suborbitali, in grado per l'appunto di effettuare tratte appena sopra la linea di Kàrmàn e che pertanto risultano essere di dubbio inquadramento dal punto di vista giuridico, anche con riguardo alla normativa da applicare per la certificazione del mezzo ad effettuare tali attività, di sempre maggiore interesse per scopi commerciali e turistici, unitamente all'individuazione degli attori competenti a disciplinare aspetti di *safety* e di *security*.

[24] Cfr. F. DURANTE, *Diritto Cosmico*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1989, col. XI, ad vocem, pagg.1 e seg.

[25] Dai lavori preparatori di questo trattato emerge la contrapposizione di USA e URSS rispetto alla "privatizzazione" dello spazio. Se la posizione statunitense prevalse rispetto alla possibilità di utilizzo da parte dei privati, la nascente NASA, i sovietici ottennero che lo Stato di appartenenza si assumesse la responsabilità delle attività, esercitando un potere di autorizzazione preventivo e un controllo continuo. Inoltre l'art. 8 dello stesso trattato prosegue sulla stessa linea logica stabilendo che lo Stato nel "*...cui registro è iscritto un oggetto lanciato nello spazio extraatmosferico, conserverà la sua giurisdizione e il suo controllo su tale oggetto e su tutto il relativo personale del predetto oggetto, quando questi si trovino nello spazio extra-atmosferico…*". La disciplina, una volta raggiunta la Luna, è stata ampliata creando la nozione di Stato di lancio presente nella Convenzione sulla Responsabilità Internazionale per i danni causati da oggetti spaziali del 1972: l'art.1 definisce lo Stato di lancio come "*…lo Stato che procede o fa procedere al lancio di un oggetto spaziale…o quello…dal cui territorio o dalle cui installazioni viene lanciato un oggetto spaziale…*". Tale nozione è molto importante, in ragione del fatto che ai sensi dell'art.2 della Convenzione in esame lo Stato di lancio ha responsabilità (obbligo di

Ai sensi dell'UNCLOS, ogni singolo Stato è responsabile dell'individuazione delle modalità con cui concedere la propria nazionalità alla nave, l'immatricolazione nel suo territorio ed il diritto di battere la sua bandiera, sottolineando al contempo che tra la nave e lo Stato deve esistere un *legame effettivo*[26]. Più nello specifico, va evidenziato che l'art. 94 della convenzione in commento, non assoggetta lo Stato bandiera ad un regime di responsabilità come quello contemplato invece nel diritto spaziale, conferendogli invece specifiche attribuzioni circa l'esercizio della propria giurisdizione e del proprio controllo su questioni di carattere amministrativo, tecnico e sociale sulle navi che battono la sua bandiera.

La centralità del ruolo assunto dallo Stato, che nel diritto dello spazio svolge un ruolo di garanzia (che può tendere ad una vera e propria *partnership*) imprescindibile per le attività delle società private[27] alla luce delle incombenze di natura risarcitoria sopra accennate, espone anche lo spazio al fenomeno già presente nella realtà marittima, che vede Stati in cui è più facile immatricolare Navi mercantili piuttosto che in altri dove i controlli sono più rigorosi.

Sul tema dello sfruttamento delle risorse presenti nello spazio, invece, va evidenziato che non esiste alcuna norma specifica. Infatti, il trattato del 1967 si limita a proibire *ex* art. 2 l'appropriazione della Luna e dei corpi celesti, nulla dicendo invece sull'eventuale sfruttamento delle risorse ivi contenute.

Tale situazione ha portato il confronto tra due tesi dottrinali contrapposte, ovvero tra chi si esprime negativamente e chi, invece, si esprime in termini favorevoli chiamando in causa proprio quanto previsto dal Diritto del Mare. Infatti, l'art. 136 dell'UNCLOS, definisce le risorse naturali presenti nella cd. Area internazionale dei fondi marini (ovvero la superficie sommersa situata al di là delle acque territoriali e della piattaforma continentale) "patrimonio comune dell'umanità" mentre l'art.137 dell'UNCLOS ed attribuisce all'*Autorità* (leggasi *International Seabed Authority* - ISA) il compito di gestire lo sfruttamento dell'Area[28].

Va sottolineato, in proposito, che i *global commons* sono storicamente e giuridicamente centrali per il diritto del mare, atteso che l'alto mare ed il suolo/sottosuolo marino situato al di fuori della giurisdizione statale sono due dei quattro tradizionali *global commons*, a cui vanno sommati l'Antartide e lo spazio extra atmosferico.

Il concetto di bene comune si lega in maniera poco precisa e spesso confusa ad una molteplicità di regimi giuridici differenti: infatti, se per l'alto mare e lo spazio extra-atmosferico vige

risarcimento) oggettiva assoluta nel caso di danni causati sulla superficie terrestre o ad aeromobili in volo, mentre a titolo di colpa ai sensi dell'art.3 , in luogo diverso dalla superficie terrestre o ad un oggetto spaziale di altro Stato, solo se il "*...danno è imputabile a sua colpa (colpa dello Stato di Lancio) o a colpa di persone di cui è tenuto a rispondere...*". La Convenzione è molto particolare perché trova applicazione anche se lo Stato danneggiato non ne è parte.

[26] Cfr. art. 91 dell'UNCLOS.

[27] Da ultimo che ha coinvolto il *Falcon 9* di *Space X* nel mese di febbraio 2020. In proposito cfr. https://www.hwupgrade.it/news/scienza-tecnologia/spacex-lancio-satelliti-ok-ma-rientro-da-dimenticare-non-succedeva-dal-2016_87141.html.

[28] Cfr. F. CAFFIO, op.cit. L'Autorità ha sede a Kingston e si avvale come strumento operativo dell'Impresa internazionale dei fondi marini (UNCLOS 153), seguendo il sistema dello sfruttamento parallelo (cosiddetto *banking system*)in parola deve presiedere al c.d. sistema di sfruttamento parallelo (disciplinato nell'Annesso III dell'UNCLOS), che consiste: a) nell'assegnazione ad uno Stato richiedente dell'attività di prospezione, esplorazione e sfruttamento su un sito determinato; b) nell'accantonamento in favore dell'Autorità di un secondo sito, di importanza equivalente dal punto di vista commerciale, individuato dallo Stato richiedente al momento della sottoposizione del piano di lavoro all'Autorità; c) nello sfruttamento successivo direttamente da parte dell'Autorità, attraverso il suo braccio operativo, l'Impresa, del sito ad essa assegnato, anche mediante la costituzione di *joint ventures* con Stati terzi o cessione dei diritti di sfruttamento, contro corrispettivo ad imprese nazionali; d) l'acquisizione da parte dell'Autorità, in vista del trasferimento dell'Impresa, della tecnologia estrattiva utilizzata dai Paesi operanti nell'Area. In proposito va sottolineato che la posizione degli USA, inizialmente contraria ad accettare la normativa sullo sfruttamento dei fondali marini, è mutata nel momento in cui gli stessi hanno diviso di aderire all'accordo relativo all'applicazione della Parte XI dell'UNCLOS, con Annessi, adottato a New York il 28 luglio 1994, che sulla base di un approccio evolutivo di deregulation e di privatizzazione, riconfigura il regime di sfruttamento dei fondi marini secondo principi di economia di mercato.

un regime di libertà all'interno di un quadro di comune interesse[29], per l'Area dei fondali marini e per le risorse naturali della Luna vige un regime di patrimonio comune.

In merito alla protezione dell'ambiente, va evidenziato che l'art.192 dell'UNCLOS sancisce un obbligo generale di proteggere e preservare l'ambiente marino.

La competenza in materia di prevenzione e repressione dell'inquinamento marino derivante da navi spetta allo Stato costiero nell'ambito delle acque territoriali o della Zona economica esclusiva. In tale ottica, è possibile che vengano sancite specifiche condizioni per la navigazione di navi straniere nelle acque territoriali e nella ZEE, il cui mancato rispetto legittima l'esercizio di poteri di polizia da parte dello Stato costiero ex art.200 dell'UNCLOS.

Allo Stato costiero spettano altresì poteri di intervento anche al di fuori delle proprie acque territoriali ex art.221 dell'UNCLOS, al fine di evitare che da un sinistro marittimo avvenuto in alto mare possano derivare danni da inquinamento di notevoli proporzioni alle proprie coste e alle aree marine adiacenti[30].

Il Diritto Spaziale prevede *ex* art.9 del Trattato sullo Spazio del 1967, un divieto d'inquinamento dell'ambiente spaziale e terrestre, senza tuttavia fornire ulteriori indicazioni o conferire attribuzioni specifiche agli Stati nella materia *de quo*.

I termini utilizzati, pertanto, risultano troppo generici per rendere tale divieto "stringente"[31], determinando pertanto la presenza di numerosi detriti nello spazio extra-atmosferico, come già evidenziato all'inizio del presente elaborato.

La dimensione della problematica, tuttavia, sta assumendo caratteri sempre più rilevanti, tanto da essere evidenziato come pericolo sia per i satelliti in orbita o in procinto di essere lanciati sia per la stessa Stazione Spaziale Internazionale. Ma analizzare tale problematica solo volgendo lo sguardo verso l'alto sarebbe riduttivo: infatti, più di 5.400 tonnellate di detriti spaziali è rientrato nell'atmosfera terrestre negli ultimi 50 anni[32]: tra questi, il detrito spaziale di maggiore dimensioni rientrato sulla superficie terrestre è la Stazione Spaziale Russa MIR, pari 120.000 kg.

L'attuale approccio internazionale per far fronte alla problematica è focalizzato sul tracciamento, sul *data sharing*, sulle procedure di mitigazione del rischio, sulla responsabilità in caso di danno e sulla registrazione delle strutture spaziali.

Tale disciplina, tuttavia, potrebbe trovare nel diritto del mare ulteriori stimoli, riprendendo il principio contemplato dall'*International Convention on Salvage* dell'*International Maritime Organization* (IMO) del 1989 circa le *special compensation* a beneficio del soggetto che effettua il salvataggio, in specifiche condizioni[33].

Merita infine un cenno a come il diritto spaziale disciplina il salvataggio degli astronauti: il già ricordato accordo del 1968, infatti, di cui fanno parte novantadue Stati tra cui l'Italia, fa si che si Stati contraenti si impegnino ad informare lo Stato che ha operato il lancio ed il Segretario generale delle Nazioni Unite, non appena l'oggetto sia caduto sul loro territorio od in Alto Mare, unitamente a recuperare l'oggetto spaziale su domanda dell'autorità di lancio ed a restituirglielo. L'accordo in commento, inoltre, definisce gli astronauti come inviati dell'umanità nello spazio, ed obbliga gli Stati

[29] Cfr. Vito De Lucia, Le risorse genetiche marine in aree al di fuori della giurisdizione statale come Global Commons?, in Rivista Marittima, novembre 2017.

[30] Cfr. F. CAFFIO, op.cit., pag. 130. Sul punto, va altresì osservato che le navi da guerra e le navi in servizio governativo sono del tutto esentate dall'osservanza della normativa internazionale in materia di protezione dell'ambiente marino. Detta esenzione è altresì prevista dalla *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973* (MARPOL).

[31] Cfr. G. CATALANO SGROSSO, Op.Cit., pag. 133.

[32] Cfr. S. DRAGO, *No man's sky: utilizing maritime law to address the need for space debris removal technology*, pubblicato su https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview.

[33] Cfr. S. DRAGO, articolo citato. L'autrice, nello specifico, evidenzia come tale previsione, contemplata dall'art.14 - *Special compensation* della Convenzione IMO del 1989, qualora applicata nell'ambito spaziale, potrebbe fungere da stimolo per lo sviluppo di tecnologie idonee a rimuovere i detriti spaziali ed a smaltirli, attesa l'obbligatorietà, per chi li ha originati, di far fronte alle spese di gestione.

contraenti, in caso di incidente, a prestare loro tutta l'assistenza possibile ed in caso di atterraggi di fortuna, a rendere possibile un pronto ritorno nello Stato di immatricolazione del mezzo spaziale[34].

Nel diritto del mare, invece, la cristallizzazione del dovere di prestare soccorso è individuabile nell'art. 98 dell'UNCLOS, che impone a ogni Stato parte l'obbligo di esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo[35]. Tale principio ha trovato la sua disciplina di dettaglio in due convenzione degli anni 70 del secolo scorso, successivamente modificate, ovvero la Convenzione SOLAS e la Convenzione SAR di Amburgo, quest'ultima redatta avendo come riferimento fondamentale la cooperazione internazionale[36].

4. Conclusioni

La disamina sopra effettuata, pertanto, ci porta ad osservare preliminarmente come sussistano già forti convergenze tra il Diritto del Mare ed il Diritto della Spazio e come, pertanto, l'approfondimento dell'uno potrebbe consentire di colmare i GAP dell'altro.

Ci si riferisce, in particolare, alle evidenti criticità correlate allo sfruttamento dei corpi celesti, per risolvere le quale alcuni in dottrina hanno proposto di utilizzare un criterio "dimensionale" come quello utilizzato nel diritto del mare per distinguere gli spazi marittimi, individuando nella cd. "Linea Veste" lo spartiacque tra corpi celesti sfruttabili[37] ed entità da salvaguardare[38].

Ne è un ulteriore esempio il dibattito relativo alla gestione delle già citate risorse presenti sui corpi celesti, per approfondire il quale è stata presa in considerazione la cornice giuridica che oggi disciplina le modalità di sfruttamento del pescato e, più in generale, delle risorse marine sottostanti i fondali. A tal riguardo, va evidenziato come il dibattito esistente sulla giurisdizione applicabile sulle piattaforme preposte alla trivellazione dei fondali possa essere di stimolo per ragionare in tal senso anche nell'ottica spaziale[39].

Va infine citato quanto evidenziato circa la possibilità di impiegare il principio sancito dall'art. 14 dell'*International Convention on Salvage* del 1989 quale *booster* per lo sviluppo di tecnologie tese al recupero ed al successivo smaltimento dei detriti spaziali, attesa la crescente preoccupazione per il fenomeno e le debole previsioni del diritto spaziale in materia.

Nondimeno, l'inidoneità del diritto aeronautica per far fronte alle nuove sfide correlate allo sfruttamento dello spazio per finalità commerciali, è stato da ultimo evidenziato con specifico riguardo ai voli suborbitali, ovvero quelle attività di volo oramai possibili sfruttando le particolari condizioni fisiche presenti appena sopra la linea di *kàrmàn*, che presenta peculiarità tali da non riuscire ad essere inquadrate nel diritto aeronautico.

In tale ottica, appare pertanto necessario approcciare le nuove sfide che lo spazio presenta con una postura molto più omnicomprensiva rispetto a quella ad oggi utilizzata, che si è limitata a guardare lo spazio come un possibile prolungamento dello spazio aereo.

---

[34] Cfr. U. LEANZA e I. CARACCIOLO, Il Diritto Internazionale: Diritto per gli Stati e Diritto per gli Individui, Giappichelli Editore, ed. 2010, pag. 272.

[35] Cfr. CA Giuseppe Tarzia, *Le operazioni di ricerca e soccorso in relazione al fenomeno migratorio*, in Rivista Marittima, gennaio 2019, pag. 44 e seg.

[36] Cfr. CA Tarzia, articolo citato. In particolare, viene evidenziato che la Convenzione di Amburgo prevede la conclusione di accordi regionali per la delimitazione, tra gli Stati costieri, di zone SAR, da intendersi quali aree di dimensione definita, associate a centro nazionale di coordinamento e di soccorso e pertanto scardinate dal concetto di giurisdizione.

[37] In ordine a quale ipotetica legge penale applicare sui corpi celesti, cfr. Taylor Stanton Hardenstein, In Space, No One Can Hear You Contest Jurisdiction: Establishing Criminal Jurisdiction of the Outer Space Colonies Tomorrow, in Journal of Air Law Commerce, volume 81 del 2016.

[38] Cfr. A. CAPURSO, Le leggi dello spazio: ecco come controllare la conquista dei corpi celesti, disponibile al link https://polikos.it/interviste/2019/04/le-leggi-dello-spazio-ecco-come-controllare-la-conquista-dei-corpi-celesti-intervista-ad-andrea-capurso/ . Il nome deriva dal più grande asteroide del Sistema Solare, il cui diametro equivale a circa 550 Km, e si ipotizza di disciplinare lo sfruttamento di corpi celesti di dimensioni pari o inferiori di detto asteroide, preservando invece Luna e pianeti che costituiscono il sistema solare.

[39] Cfr. A. REID, Legal and Factual Obstacles to the Enforcement of Patents in Outer Space, Canadian Bar Association.

Lo Spazio, infatti, come già evidenziato in premessa, non può essere visto solo come un mero *layer*, ovvero come un substrato atmosferico dove ammassare strumenti di comunicazione o di telerilevamento "utili" a guardare "dall'alto verso il basso", con la conseguente necessità di acquisire la piena capacità di operare nell'ambiente spaziale a difesa degli interessi nazionali.

Se ciò è vero ed è inopinabile, è altrettanto vero che è necessario un mutamento di paradigma idoneo ad apprezzare la dimensionalità e le opportunità che si celano nello spazio.

A tal riguardo, pertanto, è sempre più necessario ragionare in termini di *Space Situational Awareness* - principio già enunciato proprio con riguardo al tracciamento dei detriti spaziali e che ha visto proprio nel Dipartimento della Difesa USA l'originatore[40] - per costruire la quale lo stesso strumento navale potrà giocare un ruolo determinante, atteso il peculiare impiego in Alto Mare delle Unità Navali e la possibilità quindi di poter garantire, impiegando opportuni strumenti, "angoli" di osservazione sempre differenti, ovvero applicando quei principi su cui già oggi si basa la *Maritime Situational Awarness*.

Anche il fattore marittimo, pertanto, contrariamente all'immaginario comune, ha la sua incidenza in questa nuova sfida con lo sviluppo tecnologico[41], non solo perché plasmato da quella *diuturnitas* di cui il diritto spaziale – nato per disciplinare aspetti di carattere scientifico/esplorativo – pecca, ma anche perché maturato proprio in ragione di quelle novità su cui oggi ci si trova a ragionare.

E se non è un caso che una fase dell'addestramento degli astronauti avvenga proprio "in acqua" – come testimoniato anche dal progetto *Nasa Extreme Environment Mission Operations* (NEEMO) condotto sui fondali della Florida (USA) e che coinvolge il personale designato a partecipare alle missioni spaziali[42] – non può nemmeno sottacersi come la lunga permanenza degli astronauti "lontano" dai propri affetti presenti numerose analogie con i periodi di fuorisede nel corso dei *deployment* dei gruppi navali dislocati in oceano indiano o in mediterraneo piuttosto che voli di *combat air patrolling,* sicuramente più contenuti in termini temporali in quanto destinati ad esaurirsi in un arco temporale di ore piuttosto che di mesi.

In conclusione, lo studio e l'approfondimento del quel diritto che ha avuto la sua genesi proprio all'indomani delle nuove scoperte territoriali del '400, potrà sicuramente determinare l'elaborazione di una disciplina omogenea e non frammentaria che potrà prevenire l'insorgere di criticità potenzialmente idonee a nuocere all'intero pianeta.

[40] Cfr. S. DRAGO, op. cit. L'autrice a sua volta fa riferimento a quanto evidenziato nella *United States Strategic Command Space Policy: Space Situation Awareness Sharing*, disponibile su http://www.unoosa.org/psf/press/stsc2012/tech-40E.pdf.

[41] Si pensi alla possibilità di usare le Navi da Guerra o le navi ad uso governativo non commerciale quali piattaforme di lancio per gli *space object*, in piena aderenza a quanto evidenziato sull'importanza dello Stato di lancio per la legislazione spaziale attuale.

[42] Cfr. https://www.nasa.gov/mission/_pages/NEEMO/index.html. In estrema sintesi, da alcuni anni, il personale designata alla partecipazione ad operazioni spaziali trascorre alcune settimane in un laboratorio sottomarino ubicato sui fondali a largo della Florida (USA), attese le analogie tra il odus operandi da utilizzare in detta situazione e quello per operare nello spazio.